

FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

DE LA SITUATION
DE LA
FEMME SÉPARÉE DE CORPS

depuis la Loi du 6 Février 1893

THÈSE
POUR LE
DOCTORAT

PAR
ÉMILE SANTERNE
AVOCAT

Lauréat de la Faculté Libre de Lille

L'Acte public sur le Sujet ci-dessus

SERA SOUTENU

Le Jeudi 27 Juin 1895, à trois heures et demie

JURY D'EXAMEN

Président : M. CABOUAT, Professeur.
Suffragants { M. TOUTAIN, Professeur.
 { M. TRUCHY, Agrégé.

IMPRIMERIE MODERNE D'ARRAS

7, Place du Wetz-d'Amain, 7.

1895

THÈSE

POUR LE

DOCTORAT

A MON PÈRE

A MA MÈRE

A MES GRANDS PARENTS

A MES SŒURS

A MA FAMILLE

A MES MAÎTRES

A MES AMIS

FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

DE LA SITUATION

DE LA

FEMME SÉPARÉE DE CORPS

depuis la Loi du 6 Février 1893

THÈSE

POUR LE

DOCTORAT

PAR

ÉMILE SANTERNE

AVOCAT

Lauréat de la Faculté Libre de Lille

L'Hête public sur le Sujet ci-dessus

SERA SOUTENU

Le Jeudi 27 Juin 1895, à trois heures et demie

JURY D'EXAMEN

Président : M. CABOUAT, Professeur.
Suffragants { M. TOUTAIN, Professeur.
 { M. TRUCHY, Agrégé.

IMPRIMERIE MODERNE D'ARRAS.

7, Place du Wetz-d'Amain, 7.

1895

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les Thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

BIBLIOGRAPHIE

- Allemand.** — Traité du Mariage, Paris 1853. II, p. 361, n° 926 et suiv.
- Arnault Louis.** — Examen de la loi promulguée le 6 Février 1893, portant modifications au régime de la Séparation de Corps. (Extrait des Mémoires de l'Académie de Législation de Toulouse). Paris 1893.
- Aubry et Rau.** — Cours de Droit Civil Français. — Tome I, § 143, p. 579 ; 4^e Ed., Paris 1869. — Tome V, § 472, p. 137 ; § 494, p. 198 ; § 516, 5^e B., p. 402 ; 4^e Ed., Paris 1872.
- Cabouat.** — Examen critique du Projet de réforme de la Séparation de Corps adopté par le Sénat. — Revue critique de Législation et de Jurisprudence ; 1889, p. 703 ; 1890, p. 102 et 206.
- Cabouat.** — Explication Théorique et Pratique de la loi du 6 Février 1893, portant modification du régime de la Séparation de Corps. (Extrait des Lois nouvelles). Paris 1894.
- Charmont.** — Loi du 6 Février 1893. — Pandectes Françaises périodiques, 1893, 3, p. 33.
- Dalloz.** — Recueil périodique, 1893, 4, 41.
- Demolombe.** — Cours de Code Napoléon ; Tome IV. Traité du Mariage et de la Séparation de Corps, 4^e Ed., Paris 1869, n° 113, p. 131. — n° 498, p. 564.
- Dubois.** — Thèse. — Incapacité de la femme mariée en Droit français. Paris 1860, p. 149 et s.
- Gazette des Tribunaux.** — Des 21 Novembre 1892 et 22 Janvier 1893.

- Gide.** — Etude sur la Condition privée de la femme dans le droit ancien et moderne ; 2^e Ed., Esmein. Paris 1885 ; p. 235, 259, 305 et Livre IV. Chap. III. La femme sous le Code.
- Guillouard.** — Traité du Contrat de mariage, III. 2^e Ed. Paris 1888, n^o 1175 et s., p. 125. — n^o 1229 et s., p. 169.
- Hitier.** — Le Développement de la Jurisprudence en matière de divorce depuis 1884. — Paris 1895, Chap. IV, § I.
- Huc.** — Commentaire du Code Civil, II, p. 495, Ed. 1892.
- Lallier.** — De la Propriété des noms et des titres, Paris 1890. 2^e partie, Chap. I, p. 191 et p. 414.
- Laurent.** — Principes de Droit Civil, III. Bruxelles 1870, n^o 95, p. 126. — n^o 344, p. 395 à 420. — XXII. Bruxelles 1876, 2^e Ed., n^o 286 à 333, p. 300. — n^o 353 à 360, p. 370.
- Laurent.** — Avant-projet de révision du Code Civil, I, Bruxelles 1882, p. 424 et s. — V, Bruxelles 1885, p. 42 et s.
- Loché.** — La Législation civile, commerciale et criminelle de la France. — Paris 1827, V, p. 499, 543 et 593.
- Marcadé.** — Eléments de Droit Civil Français, 2^e Ed. Paris 1844, Tome I, sur l'art. 311, p. 713.
- Merlin.** — Répertoire de Jurisprudence, 1827, V^o Autorisation maritale, Section II.
- Planiol.** — La femme divorcée a-t-elle le droit de continuer à porter le nom de son mari ? Revue critique de Législation, 1887, p. 701. — 1889, p. 555.
- Rodière et Pont.** — Traité du Contrat de Mariage, III, p. 656. n^o 2187 à 2203. — 2^e Ed. Paris 1869.
- Sarrand.** — Commentaire de la loi du 6 Février 1893, sur la Séparation de Corps. (domicile-nom-capacité). Paris 1893.
- Sirey.** — Recueil général des Lois et Arrêts, 1893. Lois annotées, p. 473.
- Stouff.** — Effets de la Séparation de biens judiciaire sous les divers régimes matrimoniaux. Revue critique de législation, 1887.
- Surville.** — Aperçu critique de la loi du 6 Février 1893. — Revue critique 1893, p. 223.

Thiénot. — Etude sur la loi du 6 février 1893. — Revue critique 1893, p. 372.

Toullier. — Le Droit civil français. Bruxelles 1829, II, n° 615 et s.

Tournier. — Commentaire de la loi du 6 Février 1893. — Revue du Notariat et de l'Enregistrement, 1893, n° 8915.

Journal Officiel :

Documents parlementaires, Sénat. — Août 1884. Annexe 185, p. 259.

id. id. Avril 1885. Annexe 185, B. p. 567.

id. id. Janvier 1886. Annexe 150, p. 163.

id. id. Déc. 1886. Annexe 21, p. 376.

id. id. Déc. 1892. Annexe 17, p. 504.

Débats parlementaires, Sénat. — 14-18-19 Juin-1^{er} Juillet 1885.

id. id. 19-21-26-29 Janvier 1887.

id. id. 2-6-9 Décembre 1892.

id. id. 14-17-18-28 Janvier 1893.

Documents parlementaires de la Chambre. — Juillet 1887. Annexe 1506, p. 290.

id. id. Déc. 1887. Annexe 2151, p. 438.

id. id. Octob. 1890. Annexe 701, p. 1261.

La Bibliographie spéciale aux parties de cette étude, intitulées « Notions historiques » et « Législation comparée » se trouve placée en note des pages qui leur sont consacrées.

DE LA SITUATION

DE LA

FEMME SÉPARÉE DE CORPS

depuis la loi du 6 Février 1893.

INTRODUCTION

La séparation de corps est l'état de deux époux dispensés par la justice de l'obligation de vivre en commun, qui leur était imposée par le mariage. Elle ne brise pas le lien conjugal, elle se borne à le relâcher. Seule, la vie commune devenue insupportable, n'est plus de règle pour les époux qui sont délivrés des obligations que leur imposait l'article 214 du C.C. : obligation pour la femme d'habiter avec son mari, obligation pour le mari de recevoir sa femme ; celle-ci a droit désormais à une résidence séparée et même à un domicile distinct. Mais la séparation de corps laisse subsister la plupart des devoirs dérivant du mariage, qui sont compatibles avec la dispense de cohabitation. Le devoir de fidélité s'impose donc aux époux comme par le passé,

et perd seulement sa sanction pénale à l'égard du mari ; le devoir de secours se traduit pratiquement par une pension alimentaire au profit du conjoint indigent. Quant au devoir d'assistance qui consiste dans des soins personnels et semble impliquer la cohabitation des époux, il cesse avec cette dernière d'après l'opinion générale.

Enfin le Code de 1804 avait laissé la femme séparée de corps, incapable et toujours tenue de solliciter l'autorisation maritale ou judiciaire pour tout acte juridique qui ne rentre pas dans le domaine de la libre administration que lui accorde l'article 1449 du C. C.

Cette situation, ainsi que nous le verrons plus loin, était particulièrement rigoureuse, et au lendemain même de l'apparition du Code civil, on avait songé à modifier cet état de choses, ou plus exactement à organiser, à développer le régime de la séparation de corps, ce que les rédacteurs du Code Civil avaient fait de façon bien imparfaite. Aucune matière ne fut en effet plus mal rédigée ni plus mal définie ; six articles seulement lui furent consacrés. La raison en est qu'après avoir joui d'un domaine exclusif dans l'ancienne France, la séparation de corps avait été bannie de nos lois par la Révolution (1) et ce n'est que sur l'initiative du Conseil d'Etat, par mesure transactionnelle et au nom de la liberté de conscience, que la séparation, « le divorce des catholiques », comme on l'a appelée, prit place dans le Code ; mais le principe une fois admis, on ne songea guère à le réglementer.

(1) Art. 7, § 1. Loi du 20 septembre 1792.

Les auteurs de la loi du 8 mai 1816, abolissant le divorce, déposèrent un projet sur la séparation de corps, le 7 décembre suivant; adopté par la Chambre des Pairs, le 28 décembre, ce projet fut transmis à la Chambre des Députés; c'est là qu'il est resté. Il comprenait 7 titres et 39 articles et réglait notamment les effets de la séparation (art. 27 à 36). Cette dernière faisait cesser la présomption de paternité; prononcée pour adultère, elle faisait perdre à l'époux coupable, les avantages à lui faits par son conjoint dans le contrat de mariage ou depuis; le tribunal pouvait ne pas confier la garde des enfants à l'époux qui avait triomphé dans le procès; enfin la séparation de corps entraînait la séparation de biens par la seule force du jugement, nonobstant les art. 1444, 45 et 47: l'incapacité de la femme subsistait donc. Enfin le projet réglait la question des droits de survie et la pension alimentaire entre époux; il ne contenait aucune disposition relative soit au domicile de la femme, soit au nom des époux séparés (1).

Ce projet resta dans les cartons de la Chambre des Députés; et dans le cours de ce siècle, nous ne rencontrons que la loi du 15 décembre 1850, qui règle un point tout à fait spécial de notre matière. Le mari est en droit de désavouer l'enfant dont la conception remonte à l'époque où la femme séparée de corps avait droit à un domicile séparé, du moment où il n'y a pas eu de réunion de fait entre les époux. La loi donne au mari une action en désaveu basée sur une impossibilité morale de cohabitation. Là se borne l'action du législateur, en ce qui con-

(1) Loqué V, p. 593.

cerne les effets de la séparation de corps, et si l'on excepte cette loi de 1850, c'est sous l'empire du Code de 1804 que les époux séparés ont vécu jusqu'en 1893 (1). Sur les nombreuses questions privées de solution légale par suite du laconisme du législateur, la jurisprudence décidait qu'il convenait de les régler par l'extension à la séparation, des textes relatifs au divorce, en tant qu'ils étaient compatibles avec le maintien du lien conjugal.

La loi du 6 février 1893 nous a enfin apporté les réformes désirées.

Elle a pour origine une proposition de loi « *Sur les nullités de mariage et les modifications au régime de la séparation de corps* » déposée par MM. Allou, Batbie, Denormandie et Jules Simon (2). Renvoyée à l'examen du Conseil d'Etat, soumise à la délibération de la Chambre des Députés et par deux fois à celle du Sénat, cette proposition est devenue la loi du 6 février 1893 « *portant modification au régime de la séparation de corps.* »

Cette loi ne se borne pas, comme son titre semblerait l'indiquer à transformer les effets de la séparation de corps : quelques-unes de ses dispositions sont applicables aussi au divorce. L'art. 1 de la loi complète l'art. 108 du C. C. en fixant le domicile de la femme séparée. L'art. 2 règle la question du nom en matière de divorce et vient s'ajouter à l'art. 299 du C. C. L'article 3, le plus important, qui se substitue à l'art. 311 du C. C., traite du nom des époux séparés et de la capacité de la femme,

(1) Les lois du 27 juillet 1884 et du 18 avril 1886 ont modifié les causes et la procédure, mais non les effets de la séparation.

(2) J. O. Sénat. Doc. parl. 1884. Ann. 185, p. 259 et 185 *bis* p. 567.

après la séparation, puis après la réconciliation. L'article suivant, qui modifie l'art. 248 du C. C. est relatif à la procédure de la séparation de corps. Enfin si nous ajoutons les trois derniers articles concernant l'effet rétroactif de la loi, l'abrogation des dispositions contraires, l'application aux colonies, nous aurons mentionné tout ce que contient la loi nouvelle.

Quelles sont parmi ces dispositions, celles qui nous intéressent et concernent notre sujet ? Quelles sont les modifications apportées par la loi du 6 février 1893 à la situation de la femme séparée de corps ? L'objet de notre thèse est de les rechercher et de les étudier.

De tous les effets nouvellement consacrés, le plus important, celui qui domine tous les autres, en même temps qu'il est leur plus évidente justification, c'est la restitution du plein exercice de la capacité civile à la femme séparée de corps : logiquement nous devons commencer par en déterminer la valeur et la portée ; les autres dispositions concernant le domicile et le nom trouveront place à la suite. Capacité, domicile et nom de la femme séparée de corps : voilà la matière et la division de notre travail.

CHAPITRE I

CAPACITÉ DE LA FEMME SÉPARÉE DE CORPS

Le nouvel article 311 dans sa partie relative à la capacité de la femme séparée de corps énonce un principe entièrement nouveau dans notre Code; il affranchit celle-ci de toute puissance maritale après le jugement qui a prononcé la séparation.

Art. 311. « *La séparation de corps emporte toujours la séparation de biens; elle a en outre pour effet de rendre à la femme le plein exercice de sa capacité civile sans qu'elle ait besoin de recourir à l'autorisation de son mari ou de justice.* »

Le Code de 1804 se bornait à dire : « La séparation de corps emportera toujours séparation de biens. » Les art. 311 et 1449 accordaient à la femme séparée la « libre administration » de ses biens. Était-elle par là affranchie de l'autorité maritale? En aucune façon, même partiellement. En effet la femme n'est pas, en vertu du mariage, dépouillée du droit de gérer ses biens, et l'art. 223 lui permet, sans qu'elle viole en cela l'art. 1388, de se réserver dans son contrat de mariage, l'administration

de sa fortune personnelle ; la femme séparée de corps recouvre donc simplement l'exercice des pouvoirs d'administration qu'elle aurait pu garder. En fait, l'autorité maritale était le plus souvent diminuée par le seul effet de l'art. 1449, mais en droit, elle subsistait après la séparation, semblable quant à son essence tout au moins, à ce qu'elle était durant la vie commune. Le mari ne perdait de ses pouvoirs que ce que sa femme et non la loi, lui en avait confié par une sorte de mandat tacite, mandat que la séparation ne faisait que révoquer.

Ainsi donc, pour les actes d'aliénation immobilière, pour ester en justice, pour s'obliger en vue d'une cause étrangère à l'administration de sa fortune, la femme devait demander l'autorisation maritale et en cas de refus, obtenir celle de la justice. Bien plus, en ce qui concernait la direction de sa personne, la femme devait obtenir la même autorisation : pour louer ses services, exercer le commerce, contracter un engagement théâtral, changer de nationalité. Il suffit de signaler ces conséquences ; nous aurons l'occasion d'y revenir, en étudiant les effets du nouveau principe.

A ce régime restrictif, succède l'indépendance complète ; la femme séparée recouvre « le plein exercice de sa capacité civile. » Rien de plus large que ces expressions. La puissance maritale est supprimée d'une façon absolue ; il semble bien qu'au point de vue pécuniaire, comme au point de vue personnel, la femme a tout pouvoir : aliéner, s'obliger, ester en justice, recevoir, donner, elle peut tout ; diriger sa personne sans contrainte, ni restriction devient un droit pour elle. La loi de

1833 replace la femme séparée dans la situation que Dumoulin au ^{xvi}^e siècle, résumait en ces termes : « *Facta separatione, mulier non est amplius in potestate mariti* ». Contre femme séparée, puissance maritale ne vaut plus.

Ce système qui a aujourd'hui force de loi a cependant rencontré de vives oppositions. Nos législateurs estimaient qu'une réforme s'imposait, mais ils étaient loin d'être d'accord sur le remède à appliquer. Les uns ne voulaient agir qu'avec prudence; les autres prônaient une solution radicale; d'autres enfin cherchaient un terrain de conciliation. Il est intéressant d'examiner les péripéties par lesquelles notre texte a passé et de voir les divers systèmes proposés pour améliorer la situation de la femme séparée de corps.

Les auteurs de la proposition primitive avaient cru suffisant, pour couper court aux abus de l'autorité maritale, d'en modifier simplement l'exercice. Dans les cas où l'autorisation du mari était autrefois nécessaire, la femme devait s'adresser au tribunal : l'incapacité subsistait : le mari était simplement remplacé par les juges. Ce système fut modifié plus tard par ses auteurs et la Commission du Sénat de la façon suivante. Au lieu de s'adresser d'abord au mari pour obtenir l'autorisation, comme sous l'empire du Code, puis en cas de refus et alors seulement à la justice, la femme avait la faculté : ou de suivre l'ancienne procédure : ou bien de saisir directement le tribunal en Chambre du Conseil, le mari dûment appelé, et de formuler sa demande par requête, afin d'obtenir l'autorisation nécessaire. Le tribunal au lieu d'être juge d'appel du

refus donné par le mari, pouvait être, au choix de la femme, invité à trancher la question en premier ressort. On se bornait à remettre en vigueur l'ancien article 219 qu'avait modifié l'article 861 du Code de Pr. Civ.

Les auteurs de ce premier système n'offraient donc qu'une innovation particulièrement modeste, presque nulle : une simple réforme de procédure, une modification apportée au mode d'exercice de l'autorité maritale, leur paraissait suffire ; loin de relever la femme de son état d'incapacité, ils la maintenaient sous la puissance maritale ne lui laissant qu'un droit d'option dérisoire.

Le Conseil d'Etat, appelé à donner son avis sur le projet, ne jugea pas la réforme proposée, suffisante pour rendre aux époux la tranquillité et diminuer le nombre des divorces. Il apporta dans le débat une solution radicale : l'autorité maritale était la source d'ennuis et d'abus redoutés : il la supprima et rendit la femme pleinement capable, la relevant de la nécessité d'une autorisation quelconque. Ce système était trop éloigné de celui de la Commission pour avoir des chances de succès au Sénat. Reproduit dans l'amendement Naquet-Paris, il fut repoussé le 20 janvier 1887 par 141 voix contre 108.

Cependant l'idée nouvelle avait fait son chemin. D'excellents esprits cherchèrent un terrain de conciliation ; la Commission avait surtout insisté sur l'iniquité d'un système qui rendait à la femme indigne les mêmes avantages qu'à la femme innocente et victorieuse dans l'instance. M. Bardoux proposa comme moyen terme le système Italien :

pleine capacité pour la femme qui obtient la séparation contre son mari : maintien de la situation antérieure pour celle qui succombe dans l'instance. Cet amendement fut voté par le Sénat le 25 janvier 1887 par 165 voix contre 85.

Un quatrième système proposé par MM. Bérenger et de Marcère ne fut pas discuté : la femme recouvrait sa capacité dans le cas où il n'y avait pas d'enfant issu du mariage.

La Chambre des Députés, appelée à se prononcer à son tour, n'hésita pas. Le système du Conseil d'Etat, après les deux rapports de MM. Arnault et Jullien, fut voté le 17 juin 1892, sans discussion.

La Commission du Sénat, à qui le projet était retourné, maintint le système adopté en 1887, et formulé par M. Bardoux : mais après l'intervention de MM. Falcimaigne, commissaire du Gouvernement, et Regismanset, membre de la minorité de la Commission, le Sénat se rallia enfin au système de la capacité absolue de la femme séparée de corps.

Nous aurons l'occasion, au cours de cette étude, de dire ce que nous pensons des divers systèmes qui viennent d'être exposés. Abordant maintenant l'examen du principe nouveau, nous l'examinerons au point de vue de sa raison d'être et de ses conséquences. Quelques notions historiques précéderont cette étude.

Section I

NOTIONS HISTORIQUES

L'indépendance juridique de la femme séparée de corps n'est pas chose absolument nouvelle dans notre Droit : elle existait en France, il y a quelques siècles, et nos anciennes coutumes nous en ont laissé des traces. Bien plus, dans les pays de Droit écrit, le principe de pleine capacité pour la femme mariée, même non séparée, était de règle à l'égard de certains biens.

I. — PAYS DE COUTUME

Dans les pays de Coutume, à l'origine, la femme séparée de corps et de biens ou de biens seulement, échappe à l'autorité maritale. Le sens littéral des articles 224 et 234 de la Coutume de Paris, implique cette solution.

Art. 224. « La femme ne peut ester en jugement sans le consentement de son mari, si elle n'est autorisée ou séparée en justice.... »

Art. 234. « La femme mariée ne se peut obliger sans le consentement de son mari, si elle n'est séparée par effet.... »

Ces textes, surtout avant la révision de la Coutume, furent entendus en ce sens que la femme séparée peut s'obliger, aliéner, ester en jugement tant à l'égard des immeubles qu'à l'égard des meubles, sans autorisation.

Dumoulin interprétait de même façon les articles 170 et 232 de la Coutume des Bourbonnais « *Factâ separatione*, nous dit-il, *mulier non est amplius in potestate mariti* » (1). Ferrière nous rapporte que « la femmeséparée n'est plus en puissance de son mari suivant le sentiment de Dumoulin sur l'art. 170 de la Coutume des Bourbonnais » et plus loin sur l'article 224 de la Coutume de Paris, à la fin de la Glose 2, après avoir donné le texte de l'article 232 de la Coutume des Bourbonnais, ainsi conçu : « Femme mariée est en la puissance de son mari tant que le mariage dure et ne retourne en la puissance de son père, aïeul, ni autre ascendant, soit que le mariage soit dissolu par mort du mari ou qu'il y ait séparation de biens. » Il conclut : « *Ergo simplex separatio honorum reddit mulierem separatam a potestate viri* » (2). Pothier nous déclare que l'ancienne Coutume d'Orléans en l'article 171, avait une disposition de ce genre, qui fut retranchée lors de la réformation en 1583 (3).

Telle était la situation de la femme séparée dans le très ancien Droit coutumier. Mais vers la fin du

(1) Dumoulin. Notes sur les Coutumes, tome II, p. 742. Ed. 1681.

(2) Ferrière Corps et Compilation de tous les Commentaires sur la Coutume de Paris, tome II, Ed. 1685. — sur l'art. 223 Glose 1, n° 14. — sur l'art. 224 Glose 2, in fine.

(3) Pothier. De la Puissance du Mari, Ed. 1770, n° 16.

xvi^e siècle, la tradition se fixa dans le sens opposé; le principe de l'incapacité fut proclamé par les commentateurs des Coutumes et la Jurisprudence. Le texte si général de la Coutume de Paris fut restreint, quant à son application, aux actes d'administration. « Femme séparée de biens, dit Loy-sel, auctorisée par justice, peut contracter et disposer de ses biens, comme si elle n'était pas mariée. Ce qui est vrai à l'égard de ses meubles et du revenu de ses immeubles, mais elle a besoin de l'autorité de son mari pour l'aliénation de ses immeubles » (1).

Laurière compare la femme séparée au mineur émancipé. « Quand elle est séparée, dit-il, elle peut ester en jugement et elle devient semblable aux mineurs émancipés, qui ont l'administration de leurs biens, mais sans pouvoir vendre, engager, ni aliéner leurs immeubles pendant leur mino-rité » (2). Elle peut s'obliger sans l'autorité du mari pour nourriture et entretien, et son obligation est valable et exécutoire sur ses meubles et le revenu de ses immeubles; elle peut en faire baux, donner quittances; elle peut s'obliger en ce qui concerne le revenu, culture, ~~entretien~~ ^{entretienement} de ses fonds et héritages; elle peut faire acquisition de ses épar-gnes, et toute obligation de sa part vaut, si elle ne s'est obligée que jusqu'à concurrence de ses meubles et du revenu de ses immeubles.

Tels sont, en empruntant aux Commentateurs

(1) Loysel. Institutes Coutumières, Maxime 24, L. 1, Tit. 2, des Mariages, p. 45, Ed. 1665.

(2) Laurière. Texte des Coutumes de la prevoté et vicomté de Paris, Ed. 1698, art. 224 de la Coutume.

des Coutumes (1), leurs propres expressions, les actes permis à la femme séparée de corps. Mais il lui est interdit d'aliéner ses immeubles. « La Cour par ses arrêts, dit Ferrière, a jugé que la femme séparée de biens ne pouvait pas valablement faire des actes emportant l'aliénation de ses biens (2) », puis l'auteur cite les actes qui constituent une aliénation : s'obliger au paiement du prix d'une adjudication, hypothéquer et vendre immeubles, constituer rente sur iceux, donner, échanger immeubles, servir de caution. En un mot, « il ne lui est pas permis, écrit Delalande, dans son Commentaire de la Coutume d'Orléans, de subir aucunes obligations qui aillent à l'aliénation de ses immeubles et c'est une restriction et tempérament qu'il faut apporter aux Coutumes » (3).

Et le numéro suivant du commentaire nous donne la raison de cette restriction : nous la verrons invoquer encore dans les travaux préparatoires de la loi nouvelle : « Le mari, y est-il dit, a droit de prendre garde au ménage et conservation du bien de sa femme à cause de leurs enfants et parce qu'elle est tenue de le nourrir s'il devient pauvre ».

(1) Cf. : Brodeau sur Louet, lettre F, somm. 30. — Bourjon Le Droit commun de la France, tome I, livre III titre x. Chap. iv. Sect. 4 et 5 de la Femme séparée de biens, n^{os} 15, 18, 19. Ed. 1770. — De Renusson, Traité de la Communauté. Ed. 1723, 1^{re} partie, chap. ix, n^{os} 28 et 36. — Science parfaite des Notaires, par C. de Ferrière. Ed. 1728, tome I, liv. II, chap. III, p. 102. — Guy Coquille, Œuvres. Ed. 1703. Institution au droit des Français, p. 62. — De Ferrière, Dictionnaire de Droit et de Pratique. Ed. 1749, v^o Femme séparée. Beaune, Condition des personnes, Paris, 1882, p. 528 et 532.

(2) Ferrière, Corps et Compilation... sur l'art. 234. Glose unique, n^o 4 et suiv.

(3) Delalande. Coutume d'Orléans, revue par Perreaux, 2^e éd. 1704, tome I, titre x, art. 196, n^{os} 3 et 4 p. 408.

C'est cette situation de la femme séparée que Pothier résumera d'un mot : « La femme séparée ayant par la séparation le droit d'administrer elle-même ses biens, les Coutumes l'ont dispensée de l'autorisation pour tous les actes qui ne concernent que la simple administration de ses biens » (1).

Il ne faudrait pas croire cependant que rien ne subsista du système primitif des Coutumes. Les restrictions que nous venons de mentionner ne concernent que les aliénations d'immeubles et les obligations de nature à rejaillir sur eux, mais on n'alla pas jusqu'à supprimer cette règle que la femme séparée peut agir en justice sans autorisation du mari. « C'est une maxime généralement reçue dans le pays coutumier que la femme séparée d'avec son mari peut ester en jugement sans être par lui autorisée ni par justice » (2). Ce texte est de Ferrière et sous le n° 30, il revient sur la même idée ; dès lors si on remarque que la femme ne peut d'après cet auteur s'obliger, de façon à aliéner ses immeubles, ne faut-il pas conclure que la distinction établie pour les obligations n'existe pas pour les actions en justice, puisqu'il la passe sous silence. « Quand la femme est séparée, dit Duplessis, ... elle est capable d'ester en jugement tant en demandant qu'en défendant, tant en matière civile que criminelle, sans aucune autorisation de son mari ni de justice » (3).

(1) Pothier. Puissance du Mari, n° 15.

(2) Ferrière, Corps et Compilation, etc..., sur l'art. 224. Glose, 2 n° 2 et 30.

(3) Traité de Duplessis, Notes de Berroyer et Laurière, Ed. 1702. Traité de la Communauté de Biens, Liv. I, p. 48.

Il faut arriver à Pothier pour trouver une restriction au droit absolu de la femme d'agir en justice. « Ce pouvoir, nous dit-il, que la Coutume donne aux femmes séparées, d'ester en jugement sans l'assistance de leur mari, étant une suite de pouvoir que la séparation leur donne d'administrer leurs biens, sans avoir besoin pour cela de leur mari, il est évident que cette exception pour les femmes séparées ne doit s'entendre que des actions qui concernent l'administration de leurs biens, qu'elles peuvent intenter » (1).

Le système du droit coutumier primitif ne disparut pas entièrement. Au siècle dernier, on rencontre encore quelques Coutumes qui donnent pleine capacité à la femme séparée. Pothier cite les Coutumes de Montargis (chap. 8, art. 6) et de Dunois (art. 58) (2). De ce nombre se trouve encore la Coutume de Sedan, art. 97 : « femme séparée de son mari quant aux biens par sentence du juge, peut contracter et disposer de ses biens meubles et immeubles tout ainsi que faire pourrait, si elle n'était mariée » (3).

Avant de passer aux pays de Droit écrit, il nous reste à signaler le régime spécial à la Normandie. Un règlement de 1666 décida que la femme séparée avait le droit de vendre et d'hypothéquer, sans autorité ni permission de justice et sans l'avis et consentement de son mari, ses meubles présents et à venir, de quelque valeur qu'ils fussent, ainsi que les

(1) Pothier, Puissance du Mari, n° 61.

(2) Pothier, Puissance du Mari, n° 16.

(3) Bourdot de Richebourg, Coutume de Sedan. Ed. 1724, art. 97, tome II, p. 825.

immeubles par elle acquis depuis sa séparation. Mais quant aux immeubles qu'elle avait déjà lors de la séparation où dont elle avait hérité depuis, elle ne pouvait les vendre ou hypothéquer sans permission de justice et avis de parents. Toutefois les actes de disposition qu'elle avait faits, pouvaient être exécutés sur ses meubles et sur les revenus de ses immeubles (1).

Au lieu d'exclure totalement, comme la plupart des Coutumes, l'aliénation des immeubles, cette disposition distingue entre eux suivant leur origine et leur date d'acquisition, et valide leur aliénation lorsqu'ils ont été acquis depuis la séparation, à titre onéreux.

II. — PAYS DE DROIT ÉCRIT

Dans les pays de Droit écrit, la femme séparée n'est pas soumise à un régime distinct de celui de la femme mariée. Mais celle-ci jouit d'une entière capacité à l'égard de ses paraphernaux. « La femme, dit Argou, non seulement peut administrer ses biens paraphernaux sans l'autorité de son mari, mais elle peut aussi les engager, vendre, aliéner sans son consentement... A ce sujet, je crois devoir remarquer que dans les Parlements de Droit écrit, l'autorisation du mari est hors d'œuvre... pour ce qui est des biens paraphernaux, la femme en peut disposer à toute sorte de titre sans le consentement de son mari » (2). D'après Ferrière, « dans les pays de

(1) Rapporté par Bouhier, Œuvres de Jurisprudence recueillies par Joly de Bevy. Ed. 1787. — Observations sur la Coutume du duché de Bourgogne, chap. XXII, n^{os} 48 et 49, p. 625.

(2) Argou, Institutions au Droit français, tome II, p. 96 et 97.

Droit écrit, la femme peut valablement s'obliger et les obligations s'exécutent sur ses biens paraphernaux, mais non sur ses biens dotaux » (1).

Enfin Merlin rapporte que « la femme mariée en pays de Droit écrit, n'avait pas besoin de l'autorisation de son mari pour ester à droit à l'égard de ses paraphernaux » (2).

En résumé la femme mariée en pays de Droit écrit, peut aliéner ses paraphernaux, s'obliger sur ces biens, agir en justice à leur égard : en fait, il est vrai que l'importance pratique de ces dispositions était considérablement diminuée par l'habitude de constituer en dot tous les biens présents et à venir. Il faut dire encore que le Parlement de Paris pour les pays de Droit écrit, ressortissant à sa juridiction, appliquait la règle contraire, en vertu de laquelle « la femme ne peut s'obliger sans le consentement et l'autorisation expresse de son mari » (3). Mais sauf cette exception, il était permis à la femme mariée, séparée ou non, de disposer librement de toute une catégorie de ses biens.

Telle a été la capacité de la femme séparée dans l'ancien Droit. Sans doute les dispositions qui précèdent n'avaient pas le même but que la loi du 6 février 1893, et ne portaient pas de cette idée qu'il est nécessaire de protéger la femme contre les abus de la puissance maritale après la séparation de corps. Elles prouvent cependant que l'incapa-

(1) Ferrière, Corps et Compilation... sur l'art. 223. Glose 2, n° 2.

(2) Merlin, Répertoire v° autorisation maritale. Sect. I, p. 556. Ed. 1827.

(3) Bretonnier rapporté par Merlin. Rép. v° Aut. Mar. s. I, p. 556.

citée de la femme, qui est bien un principe essentiel du mariage, peut recevoir, dans certaines circonstances, d'utiles tempéraments.

Le Code civil avait donné à la femme séparée une situation juridique presque identique à celle qu'elle occupait dans le dernier état de l'ancien Droit; la loi de 1893, par une évolution contraire à celle que suivit la législation coutumière, replace la femme séparée dans la situation qu'elle occupait au XVI^e-siècle du temps de Dumoulin : « *Factâ separatione, mulier non est amplius in potestate mariti* ».

Section II.

CRITIQUE DU PRINCIPE DE PLEINE CAPACITÉ

Que penser de la capacité pleine et entière accordée à la femme par la nouvelle loi ? Pour donner à cette question, la réponse qui lui convient, nous devons examiner l'un après l'autre les arguments mis en avant par les partisans de la réforme, les apprécier et voir si les objections que les adversaires n'ont pas manqué de leur adresser sont de nature à leur enlever quelque chose de leur valeur.

Le grand argument en faveur de la capacité absolue, argument que nous retrouvons à chaque pas dans la discussion au Sénat et sur lequel insistent tout particulièrement MM. Flourens, Arnault et Jullien, rapporteurs, peut se résumer ainsi :

Quel est dans nos Codes la raison d'être de l'autorité maritale, de l'incapacité de la femme mariée ? Cette raison d'être survit-elle à la séparation de corps ? Si non (et on le prouve) il faut supprimer l'incapacité et rendre à la femme séparée de corps l'exercice de ses droits. M. Léon Renault l'a déclaré avec raison au Sénat. « Dans ce débat, dit-il, qui roule exclusivement sur une question de droit, demandez-vous uniquement une chose, quel est le fondement juridique de la puissance maritale ?

Et ce fondement existe-t-il encore après que la séparation de corps a été prononcée ? Si vous devez reconnaître qu'il a disparu... dites que l'exception apportée au principe de la capacité civile de la femme n'a plus de raison d'être, rendez au droit commun toute sa force » (1).

Telle est la double question à laquelle les partisans de la réforme ont répondu de la façon suivante. La raison d'être de l'incapacité de la femme mariée et de la puissance maritale n'est plus aujourd'hui la faiblesse du sexe, l'inexpérience des affaires, la légèreté de caractère, *l'imbecillitas sexus*. Toutes ces raisons sont du domaine de l'Histoire. De nos jours c'est uniquement pour assurer l'ordre, la paix, l'unité de direction dans le ménage que la femme doit, avant d'agir solliciter l'autorisation maritale. Dans toute société bien organisée, il faut un chef, sinon l'anarchie y règne bientôt en maîtresse absolue. Ce chef du ménage, c'est le mari tout naturellement appelé à ces fonctions par son caractère, ses connaissances, sa situation, nos idées et nos mœurs actuelles : aussi longtemps que la société vit, c'est-à-dire, aussi longtemps que dure la vie commune, le contact intime, affectueux des deux époux, la confusion des intérêts et des pensées, la femme doit suivre la ligne de conduite que le mari a tracée ; elle ne doit dans la gestion des intérêts individuels, comme des intérêts communs, s'inspirer que de la volonté du chef de famille et ne rien faire sans avoir obtenu l'adhésion de ce dernier.

(1) Léon Renault J. O. Sénat, débats parl. Séance du 20 janv. 87 p. 30 col. 1.

La femme se trouve donc dans un état de dépendance, mais en résulte-t-il pour cela que la femme, en tant que femme, est inférieure à l'homme, que son sexe la rend incapable de gérer ses biens, et de diriger sa personne ? Non certes et la preuve en est que la femme, célibataire, veuve ou divorcée, jouit, au point de vue civil des mêmes droits que l'homme, est soumise aux mêmes obligations.

Ce principe une fois établi entraînait tout naturellement, comme réponse à la seconde question les conséquences suivantes. Si l'incapacité est liée à l'état de société, le jour où la vie commune n'existe plus, où l'existence réelle de l'association conjugale a disparu, l'incapacité doit aussi disparaître : *Cessante causâ, cessat effectus*. Or, il en est bien ainsi dans la séparation de corps ; si à la vérité le mariage n'est pas entièrement dissous comme par le divorce, si les époux séparés ne peuvent contracter une nouvelle union, il n'est pas moins vrai que la société n'existe plus, ni quant aux biens ni quant aux personnes ; la communauté est dissoute et liquidée : il n'y a plus que des propres. — D'autre part, la vie commune a été abandonnée ; les époux ont pris un domicile distinct, ils se trouvent étrangers l'un à l'autre ; le lien du mariage n'est pas dissous, mais il est tellement relâché, que la société conjugale n'existe plus en réalité. Dans ces conditions il serait illogique de laisser le mari diriger la gestion d'un patrimoine qui n'est pas le sien, et dont il ne connaît pas les véritables besoins.

M. Flourens, dans son rapport au Conseil d'Etat résume très bien l'argument : « La raison d'être de l'autorisation maritale réside exclusivement — et

sur ce point il n'y a pas de contestation — dans la nécessité d'assurer l'unité de direction dans cette société de deux personnes qui se forme par le mariage et qui s'appelle l'association conjugale..... Mais si l'on reconnaît que telle est la raison d'être unique de l'autorisation maritale, il faut convenir que rien n'explique plus le retrait à une personne reconnue capable, du plein exercice de ses droits, dès que cette unité de direction est devenue manifestement impossible, que les époux ont renoncé à tout ce qui constitue l'association de vie et d'intérêts, qu'ils se sont créé des domiciles distincts, qu'ils ont répudié jusqu'à la communauté du nom. » (1)

La même démonstration se retrouve aussi nette, aussi saisissante dans les discours de MM. Paris (2), Léon Renault (3), Emile Labiche (4) et Falcimaigne (5). Nous nous bornons à les signaler.

Que penser de ce raisonnement ? Est-il vrai que l'incapacité de la femme mariée ait pour seule et unique base la nécessité d'assurer l'unité de direction dans la société conjugale ? Cette idée séduit à priori par sa simplicité, surtout si l'on tient compte de nos mœurs et de nos habitudes, qui font que la femme, bien qu'incapable, concourt en fait pour une large part à la direction des intérêts communs. Son influence morale est grande et il n'est guère d'acte de quelque importance relatif au patrimoine, sur l'opportunité duquel elle ne soit appelée à donner au

(1) Journal officiel. — Sénat. Doc. parl. 1886, p. 380.

(2) id. — Sénat. Séance 18 Janvier 1887, p. 22, col. 1.

(3) id. — Sénat. — 20 Janvier 1887, p. 27, col. 3.

(4) id. — Sénat. — 25 Janvier 1887, p. 47, col. 3.

(5) id. — Sénat. — 16 Janvier 1893, p. 23, col. 1.

moins son avis. Le plus souvent même, elle devient partie nécessaire à l'acte, lorsque les tiers pour traiter, exigent de la part de la femme et c'est le cas le plus ordinaire, une renonciation à l'hypothèque légale.

Si donc les époux prennent tous deux une part active à la direction de leurs intérêts, il est indispensable d'assurer en cas de conflit, la prépondérance à l'un d'eux et de faire prévaloir la décision du mari, chef de l'association conjugale.

Mais la question que nous examinons est toute autre. Nous nous demandons si la nécessité d'assurer l'unité de direction dans la société conjugale peut, à elle seule, rendre compte de l'incapacité de la femme. M. Flourens prétend, nous venons de le voir, que sur ce point, il n'y a pas de contestation. Cependant les auteurs du nouveau Denizart répondaient à cette question du fondement de l'incapacité de la femme mariée : « C'est sur quoi les auteurs sont extrêmement divisés ». Merlin examine et discute les divers systèmes proposés sur ce point (1). De nos jours l'accord est encore loin d'être parfait; aussi quelques mots sur ce sujet sont nécessaires, afin de rechercher quelle est exactement dans le Code Civil la raison d'être de l'incapacité de la femme et par là quelle est au juste la valeur de l'argumentation qui vient d'être exposée.

Les systèmes proposés par les Jurisconsultes sur ce sujet peuvent se ramener à trois. Mais hâtons-nous de le dire, tous consentent à admettre comme base de leur théorie, la puissance maritale, dont le

(1) Merlin. Rép. I v°. Aut. Marit, S. 2.

principe se trouve dans l'art. 213 ainsi conçu : « Le mari doit protection à sa femme, la femme obéissance à son mari. » La raison d'être de la puissance maritale est que le mariage constitue une société ; or dans toute société, il faut un chef : la loi donne ce titre au mari : d'où l'obligation pour la femme d'obéir, corrélatrice au droit du mari de commander. Tenue envers ce dernier du devoir d'obéissance, elle ne doit rien pouvoir faire sans son aveu : d'où la nécessité, quand elle veut accomplir un acte juridique, d'obtenir l'autorisation ; celle-ci est donc un hommage rendu à la puissance maritale : « La puissance que le mari a sur la personne de sa femme, dit Pothier, ne permet pas à sa femme de rien faire que dépendamment de lui » (1).

Tel est bien le fondement principal de l'incapacité : personne ne le conteste. Mais n'en est-il point d'autres ? Là est la difficulté. Pour les uns, ce fondement unique se suffit à lui-même ; d'autres croient devoir le compléter soit par la faiblesse naturelle, l'inexpérience de la femme, soit par l'intérêt de la famille.

Les premiers nous disent : la femme n'est pas dans notre droit incapable en tant que femme ; fille ou veuve, elle jouit de son entière capacité civile : il s'en suit que l'autorisation maritale qui caractérise la suprématie légale du mari, est un acte de soumission de la femme plutôt qu'un acte de protection du mari ; la loi n'a pas voulu protéger la femme parcequ'elle est femme, l'incapacité n'a été créée que pour rendre efficace le droit du mari

(1) Pothier, Puissance du mari.

d'être obéi et non pour protéger la femme contre sa faiblesse, son inexpérience, son ignorance des affaires.

On a tort de ne considérer dans l'autorisation que l'intérêt matériel de la femme ou du mari, de croire que le législateur a eu en vue la bonne gestion de la fortune des époux. Non, le principe est fondé sur un intérêt d'ordre plus élevé, sur l'intérêt moral, l'intérêt public qui a créé la puissance maritale et qui ne peut permettre que le respect de cette puissance soit affaibli par les circonstances particulières. « Les bonnes mœurs, disait le président Bouhier, ne permettent pas à la femme d'avoir communication d'affaires avec autrui sans le sù et le congé de son mari pour éviter suspicion » (1). Et cet intérêt d'une haute moralité suffit à expliquer le système étroit de notre Code en cette matière. Enfin, peut-on ajouter, en dehors du régime dotal, rien ne s'oppose à la capacité personnelle de la femme, ni à la disponibilité de ses biens, dès que le mari l'autorise ; c'est donc seulement dans l'intérêt du mari et de sa puissance maritale que cette autorisation est exigée.

C'est l'ancienne théorie de Beaumanoir, Guy Coquille, Loysel et Pothier reprise dans notre siècle par Delvincourt, Toullier, Duranton et Allemand (2).

Ce système, croyons-nous, est celui sur lequel M. Flourens et les orateurs de son opinion ont essayé

(1) Bouhier, Observations sur la Coutume du duché de Bourgogne, chap. 19, n^o 46-51.

(2) Merlin, Rép., t. I, v^o Aut. M., S. 2, p. 401. — Pothier, Puissance du Mari, 3 à 5. — Delvincourt, I, p. 75. — Toullier, II, n^o 615. — Allemand, Traité du Mariage II, n^o 931. — Duranton, p. 333.

d'établir leur argumentation. Que ce système soit excellent en thèse ; qu'il serve de base rationnelle à une législation donnée, nous le concédons volontiers, et peut-être sommes-nous en présence de la théorie de nos Codes futurs (1). Mais que tel soit le système du Code de 1804, que le législateur de cette époque n'ait eu en vue que l'intérêt du mari et de la puissance maritale c'est ce que nous croyons pouvoir contredire et réfuter par le Code lui-même.

Comment expliquer en effet l'article 224 qui ne permet pas au mari mineur d'autoriser sa femme ? Il est investi cependant de la puissance maritale et dans notre ancien Droit coutumier, où l'incapacité, au dire de Beaumanoir et des héritiers de sa doctrine, avait pour base unique la puissance maritale, on reconnaissait au mari mineur le droit d'autorisation (2). Pourquoi en est-il autrement aujourd'hui ? De même pourquoi la femme peut-elle se prévaloir de la nullité résultant du défaut d'autorisation ? Le mari seul devrait avoir ce droit, si son intérêt unique est en jeu. Enfin, pourquoi exiger l'autorisation de justice, lorsque le mari a perdu la puissance maritale en vertu d'une condamnation par exemple, de telle sorte que l'effet survit à la cause ?

En voilà assez pour montrer que la théorie précédente est imparfaite, puisqu'elle ne peut arriver à expliquer les dispositions du Code sur la matière. Cherchons donc une nouvelle base qui nous donne ce que le premier système nous refuse.

(1) C'est la conclusion à laquelle aboutit Gide, qui critique le système actuel, dans son remarquable ouvrage de la Condition de la femme, p. 473.

(2) Gide, Condition privée de la femme, p. 424. — Pothier, Puissance du Mari, 29.

Une seconde théorie nous propose d'ajouter à la puissance maritale, la faiblesse du sexe, *l'imbecillitas sexus*, comme second fondement de l'incapacité de la femme mariée. Elle nous rappelle ces lignes de Lebrun : « Il faut donc dire que cette coutume est également fondée sur ces deux raisons : d'une part la faiblesse du sexe... de l'autre, la prérogative du sexe masculin » (1). C'est la faiblesse, la légèreté, l'inexpérience de la femme qui nécessitent sa mise en tutelle.

Ce système qu'adopte Proudhon (2) a certes l'avantage d'expliquer les articles du Code civil que nous signalions, il y a un instant, mais il les explique peut être trop, car il se heurte à un autre principe de Droit civil, non moins certain, non moins absolu : la capacité de la femme non mariée ; en effet si le législateur avait cru la femme légère, faible et inexpérimentée, il ne lui aurait pas donné, comme il l'a fait, sauf des exceptions sans importance (3) la même capacité qu'à l'homme.

Les partisans de ce système ont essayé d'expliquer cette contradiction. Il est vrai, ont-ils dit, que la femme mariée seule est incapable et que la fille, la veuve, la femme divorcée jouissent de leur entière capacité. La raison en est que la femme mariée, passant de l'état de fille en puissance de père à l'état de femme en puissance de mari, n'a jamais le temps d'acquérir l'expérience des affaires ; elle est inexpérimentée. Pendant le mariage, la maternité l'absorbe, les soins du ménage lui enlèvent

(1) Lebrun, De la Communauté, L. II, chap. I, s. I, n° 1.

(2) Proudhon, Traité sur l'état des personnes, I, p. 454.

(3) Cf. : Code Civil, art. 37 ; Loi du 25 ventôse, an IX, art. 9

encore la possibilité d'acquérir cette expérience nécessaire à la bonne gestion de sa fortune.

Ces explications ne prouvent rien. Si elles sont vraies, pourquoi le législateur n'a-t-il pas mis en tutelle la jeune fille après sa majorité ; elle n'est plus en puissance de père et cependant on déclare qu'avant son mariage, elle n'a pu acquérir aucune expérience des affaires. Pourquoi a-t-il rendu la capacité à la femme veuve ou divorcée, qui pendant le mariage est inexpérimentée, dit-on, et qui ne peut acquérir qu'à ses dépens après la dissolution du mariage cette expérience des affaires qu'on nie lui appartenir.

Les partisans de l'opinion que nous combattons ont alors essayé d'expliquer pourquoi la jeune fille, bien qu'inexpérimentée, jouissait d'après le Code, du plein exercice de sa capacité ; c'est que ses actes ne concernent qu'elle-même ; mais sa capacité devient insuffisante, si elle se marie, parce qu'alors en se nuisant à elle-même, elle nuit au mari et aux enfants.

Cette explication ne détruit en aucune façon l'objection que nous formulons plus haut. Si l'on tire les déductions logiques de l'explication proposée, il faudra déclarer la veuve incapable, parce que ses actes intéressent encore les enfants ; il faudra charger les tribunaux de remplir auprès d'elle le rôle dévolu au mari, avant la dissolution du mariage. Les lois des barbares étaient plus libérales. Notre objection subsiste donc entière. La femme n'est pas dans le Code incapable *propter sexum* : il résulte donc que l'incapacité de la femme n'a pour base ni l'intérêt exclusif du mari, ni l'intérêt de la femme en tant que femme.

Un troisième système nous propose l'intérêt de la famille, la défense des intérêts matrimoniaux. La conservation des biens de la femme importe à toute la famille, à la femme, aux enfants, au mari lui-même ; ce dernier a été constitué par la loi, le représentant de la famille et de ses intérêts collectifs ; c'est à ce titre qu'il est appelé à autoriser les actes accomplis par sa femme, actes qui sont de nature à rejaillir sur toute la famille. Aubry et Rau exposent cette théorie avec leur précision et leur netteté habituelles : « Sanctionner pour tous les actes de la vie civile le devoir d'obéissance imposé à la femme et garantir son patrimoine en tant qu'il est destiné à subvenir aux besoins du ménage et à assurer l'avenir de la famille, tel est le double but que le législateur a eu en vue, en établissant la règle de l'autorisation maritale, laquelle est moins requise dans l'intérêt personnel de la femme elle-même que dans celui du mari considéré comme chef de l'union conjugale et comme gardien de tous les intérêts qui s'y rattachent (1). »

Cette théorie a l'avantage d'expliquer les art. 224 et 225, ce que ne pouvait faire le premier système. En effet le mari mineur ne peut autoriser sa femme parce que les intérêts matrimoniaux sont en jeu, et qu'il est, à raison de son âge, incapable d'y veiller avec le discernement nécessaire ; d'autre part la femme peut demander la nullité, non en vertu d'un

(1) Aubry et Rau, V, 138, note 5. — Dans le même sens : Demolombe, IV, n° 117. — Huc, II, n° 240. — Deloze, Théorie de la puissance maritale, p. 138. — Laurent, III, n° 95. En rapprocher la théorie du même auteur sur l'Égalité des Époux dans l'Avant-projet de revision du Code Civil Belge, I, p. 424.

droit personnel établi à son profit particulier, mais en tant que membre de la société familiale, participant aux intérêts collectifs, au même titre que ses héritiers, ses enfants. Enfin cette théorie évite l'objection grave faite au second système que la femme n'est pas dans notre droit incapable *propter sexum*.

De ces trois systèmes quel est celui qui doit avoir nos préférences. A notre avis, le dernier, sans être exempt de toute critique est le plus parfait ; il a l'avantage, tout en expliquant les dispositions du Code sur notre sujet, d'éviter les idées extrêmes et manifestement exagérées des deux premiers, qui nous paraissent plutôt appartenir l'un à la législation ancienne, l'autre à la législation de l'avenir. Dire quelle a été la pensée du législateur de 1804 nous paraît difficile ; rien dans les travaux préparatoires, dans l'exposé des motifs de Portalis (1) ne nous l'indique. La conclusion à en tirer est peut-être que fidèle à sa règle de conduite ordinaire, il a fait œuvre d'éclectisme et qu'il a accepté sans en chercher le fondement et le lien, les diverses solutions de l'ancien Droit sur la matière, négligeant le principe pour régler les détails.

Notre intention d'ailleurs en tâchant de découvrir la raison d'être de l'incapacité de la femme, était tout simplement de rechercher quelle est la valeur de l'argument que l'on présentait comme juridique pour restituer à la femme séparée de corps, son entière capacité et nous avons été obligé de reconnaître que la raison donnée est loin d'être

(1) Voir Locré, tome IV, titre V, 2^e partie, n^o 62, p. 521.

vraie d'après le Code Civil, car elle se heurte à des dispositions légales, inconciliables avec elle.

Remarquons toutefois que les orateurs qui émettaient l'argument, s'adressaient à des législateurs et qu'à ce titre, ils pouvaient l'inviter à s'inspirer dans la confection de nos lois futures, de cette idée que l'incapacité de la femme mariée doit être basée uniquement sur la puissance maritale. Leur seul tort a été de donner ce principe comme une règle de notre Code, indiscutable et indiscutée. Aussi les adversaires du projet du Conseil d'Etat ont-ils attiré l'attention du législateur sur ces intérêts matrimoniaux que défend le troisième système. Sans doute, ont-ils dit, la femme n'est pas dans notre Droit, incapable *propter sexum*, mais ne croyez-vous pas que cette incapacité a été établie aussi dans l'intérêt de la famille ? Et s'il en est ainsi, n'y a-t-il donc aucun inconvénient à rendre à la femme séparée son entière capacité civile ?

Nous n'insistons pas sur ce point pour le moment, nous réservant d'examiner en bloc les objections qui ont été faites au nouveau principe. Nous continuons l'exposé des motifs pour lesquels la capacité a été accordée à la femme séparée, en donnant aux autres motifs, moins de développement qu'au premier argument dont le caractère éminemment juridique nous a paru devoir attirer particulièrement l'attention.

La seconde raison d'être de la réforme a été avant tout une raison d'utilité pratique. Les auteurs de la proposition de loi ont eu pour but manifeste et avéré, de rendre le divorce moins fréquent, de lui créer une concurrence en améliorant

la séparation de corps. La loi offre en effet aux époux malheureux, pour qui la vie commune est devenue insupportable, deux moyens de la faire cesser. Ces deux moyens, qui sont le divorce et la séparation de corps, bien que nés de causes identiques, emportent des effets fort différents. Le premier dissout le mariage, tandis que le second le laisse subsister, en relâchant seulement le lien, et de ces deux principes découlent des conséquences qui marquent une délimitation bien tranchée entre les deux situations. D'un côté, par le divorce, liberté absolue, pleine capacité pour la femme, droit de reprendre un nom, un domicile distincts, de disposer de son patrimoine. De l'autre, au cas de séparation de corps, jusqu'en 1893, maintien de la plupart des devoirs et des obligations pour la femme : fidélité, secours, et surtout incapacité en face d'un mari libre qui peut susciter à la femme des ennuis, la vexer en refusant d'autoriser des actes utiles.

Une telle opposition d'effets ne devait pas tarder à attirer l'attention. Tant que le divorce ne fut pas rétabli dans nos lois, les inconvénients de la séparation n'apparurent point clairement ; la comparaison n'était pas possible ; les époux malheureux pour qui la vie commune était devenue insupportable, choisissaient de deux maux, le moindre. Mais quand la loi du 27 juillet 1884 fit rentrer le divorce dans nos lois, tout le monde fut d'accord qu'une réforme s'imposait ; partisans et adversaires du divorce furent d'avis qu'il fallait établir un état, un régime qui assurât la tranquillité, l'indépendance de la femme sans les inconvénients de la

dissolution du mariage. Les partisans du divorce, par leur adhésion au projet, ont voulu assurer à leur œuvre de plus grandes chances de durée, en limitant ainsi l'emploi exagéré qui aurait pu être fait du divorce; ils ont en outre de cette façon rendu hommage à la liberté de conscience de ceux qui ne veulent pas employer ce mode de dissolution du mariage. Les adversaires du divorce, de leur côté, ont eu pour but, en améliorant la séparation de corps, d'enlever au divorce l'une de ses raisons d'être. Ils avaient espéré en 1884 que la proposition de loi Allou aurait empêché le vote d'une loi, qu'ils trouvaient mauvaise; puis après le vote, ils ont voulu rendre cette dernière d'une application plus rare et en tout cas, garantir aux époux désunis, une liberté d'option d'autant plus grande que la séparation de corps présenterait, sauf la possibilité d'une seconde union, les mêmes avantages que le divorce. Il est manifeste que plus ces deux modes de dissolution du mariage se ressembleront, plus aussi la séparation aura de partisans. Si cette dernière devient comme un divorce de fait, un divorce mitigé, en possède les traits et les caractères généraux, si elle crée les mêmes pouvoirs, les mêmes libertés, les mêmes effets, le divorce devient presque inutile et n'a d'attrait que pour les partisans d'une seconde union. Les demi-réformes réussissent rarement. Rendez à la femme séparée la pleine capacité, a-t-on dit au législateur; elle délaissera le divorce pour la séparation, qui lui assurera la tranquillité; elle ne demande pas autre chose.

C'est ce désir de lutter contre l'envahissement

du divorce que nous voyons exprimé à chaque instant dans les travaux préparatoires. MM. Naquet et Paris se rencontrent dans une même pensée pour appuyer la proposition de loi. « En rétablissant le divorce, dit M. Paris, la majorité du Sénat a voulu respecter la conscience des époux malheureux, qui croient à l'indissolubilité du mariage ; elle a voulu leur laisser la liberté de chercher dans la séparation un remède à une situation devenue intolérable ; afin d'établir cette liberté dans sa plénitude, vous voudrez, partisans du divorce, créer pour la femme séparée de corps une situation qui soit à la fois digne et praticable. S'il en était autrement et si, après avoir accordé à la femme divorcée une complète indépendance, vous mainteniez inutilement la femme séparée dans un état d'incapacité aussi grand que pendant la vie commune, vous arriveriez à ne créer qu'une liberté de choix plus apparente que réelle ; vous pousseriez la femme qui ne cherche dans la séparation que le moyen d'échapper à l'oppression, à se laisser entraîner à préférer le divorce qu'elle réprouve, mais qui seul assurerait sa sécurité » (1). Nous pourrions citer encore les discours de MM. Naquet (2), Léon Renault (3), La Caze (4), Falcimaigne (5), les rapports de MM. Allou (6), Arnault (7), Nous nous

(1) Paris, séance 18 janv. 1887. Sén. déb. parl., p. 22, col. 3.

(2) Naquet, même séance, Sén. déb. parl., p. 18, col. 2.

(3) Renault, séance 20 janv. 87. Sénat, déb. parl., p. 30, col. 3.

(4) La Caze, séance 25 janvier 87. Sénat, déb. parl., p. 48, col. 3.

(5) Falcimaigne, séance 16 janv. 93. Sénat, déb. parl. p. 25, col. 3.

(6) Allou, docum. parl. Sénat 84. Annexe n° 185, p. 259 et 1886 annexe n° 150, p. 163.

(7) Arnault, Rapport 28 nov. 87. Doc. parl. Chambre. ann. 2151, p. 438.

bornons à ce dernier : « Il ne s'agit plus, dit-il, d'améliorer la séparation de corps en elle-même et vis-à-vis du mariage indissoluble. Il s'agit pour les partisans comme pour les adversaires du divorce de ne pas pousser, de ne pas contraindre au divorce, de ne plus laisser la séparation dans un tel état d'insuffisance et d'infériorité, qu'elle serait un fait bientôt rejeté de la pratique, excepté pour quelques victimes volontaires de l'injustice du législateur et de la perpétuité du mariage ».

Telle est la seconde cause de la réforme. Le législateur a pensé qu'en améliorant la condition des époux séparés, la séparation deviendrait un état acceptable, une sorte de divorce de fait, un divorce mitigé dont pourraient se contenter la plupart des époux malheureux. Cette pensée devait, par la force des choses, finir par s'imposer : la statistique nous apprenait que le chiffre des divorces augmentait d'année en année avec plus de rapidité qu'il n'était souhaitable. L'année 1891 accusait 5,752 divorces pour la France, alors que leur nombre n'était, en 1886, que de 2,950 (1).

Aujourd'hui la réforme est chose accomplie. Le but en sera-t-il atteint ? C'est ce que l'avenir nous apprendra. Mais le divorce aura toujours pour partisans convaincus, ceux qui ne voient en lui que la liberté de contracter un nouveau mariage : d'autre part, la conversion de la séparation en divorce, surtout le jour prochain où la loi la rendra obligatoire pour le juge, rendra souvent inutile le choix

(1) Voir Rapport au Ministre du Commerce et de l'Industrie, par M. Jules Lax, directeur de l'Office du Travail, J. Off. 30 déc. 1892, p. 6345 et suiv.

primitif de la séparation de corps ; enfin, la plupart des divorces se rencontrent dans la classe ouvrière, qui n'a pas de biens, et ce n'est pas la considération d'une plus grande capacité civile de la femme qui l'éloignait de la séparation. Quoiqu'il en soit, cependant, espérons que le législateur nous a donné un remède digne du mal à combattre et qu'il ne s'est pas trompé en encourageant un régime qui, comme le disait M. Falcimaigne au Sénat, « entretient, si légère puisse-t-elle être, l'espérance de la réconciliation, qui permet à l'époux outragé de pardonner » (1).

Le troisième motif invoqué en faveur de la réforme n'est pas le moins sérieux. L'expérience d'un siècle presque écoulé a montré qu'après la séparation, la puissance du mari n'est plus ce qu'elle devrait être ; qu'elle est pervertie dans son exercice et détournée de son but. L'instance en séparation a rendu plus vifs la rancune, la haine et le mépris que les époux ont l'un pour l'autre ; l'autorisation n'est plus une garantie, une protection sérieuse et efficace pour la femme. « Entre époux séparés, dit M. Cabouat, l'autorité du mari ne peut plus être ce pouvoir de contrôle tempéré par l'affection réciproque des personnes, auquel la femme se soumet de bonne grâce, car elle le sait institué et exercé aussi bien pour elle-même qu'en vue des intérêts généraux de la famille. Au témoignage des hommes de pratique, cette autorité du mari n'était trop souvent qu'un instrument d'oppression et une occasion de froissements nouveaux pour les époux désunis » (2).

(1) Falcimaigne, J. O. Sénat, déb. parl. séance du 16 janv. 93, p. 25, col. 3.

(2) Cabouat, Explication théorique et pratique de la loi du 6 février 1893, p. 15.

En effet : ou le mari consent, et alors il le fait tantôt sans examen, tantôt avec le malin plaisir d'autoriser des actes désastreux pour la femme, des « opérations mal conçues » — ou il refuse non par considération des véritables intérêts de celle qu'il ne défend plus, mais par représailles, pour créer des ennuis, multiplier les vexations, souvent même pour se faire payer, pour vendre son autorisation.

M. Allou, dans l'exposé des motifs, comme dans la discussion au Sénat, reproduit ces idées (1). M. Flourens est tout aussi explicite : « Ce régime, voyons-nous dans le rapport au Conseil d'Etat, — ce régime donne-t-il en pratique de bons résultats ? Sur ce point aucune controverse. Tous s'accordent à reconnaître qu'il n'a produit et qu'il ne peut produire que les plus fâcheux effets. En cette matière, aucun témoignage ne pouvait être plus autorisé que celui des auteurs de la proposition, aucun ne pouvait être plus explicite. Au cours de leur longue et brillante carrière du Palais, ils déclarent avoir maintes fois constaté que le maintien de l'autorisation maritale après la séparation de corps est la source des plus criants abus. Tantôt la femme est victime d'un refus offensant ; tantôt le mari, désormais plus curieux d'extirper de l'argent à sa femme, que de la protéger, fait du droit que la loi lui réserve, l'objet d'un trafic honteux et vend son autorisation. Ainsi une fois la séparation de corps prononcée, l'autorisation maritale cesse d'être une garantie pour la femme, une sauvegarde de la paix et de

(1) Allou, Exposé des Motifs, Sénat doc. parl. 1884. Ann. 185, p. 259 et Sénat, séance 18 janvier 87, p. 17, col. 2.

l'honneur du ménage, un élément d'unité dans la direction des affaires communes. Elle perd toutes ses raisons d'être pour devenir la source de blessures à la dignité de la femme, de pressions exercées pour lui arracher de l'argent » (1). Les paroles de M. Paris dans la séance du 18 janvier 1887 seraient aussi à citer (2). Nous préférons conclure par ces mots de M. Denormandie : « Cette démarche de la femme est humiliante ; elle est inacceptable ; elle est souvent onéreuse ; il faut l'en affranchir » (3).

Cette conclusion est logique. Si l'autorisation n'offre plus de garantie pour la femme, si elle n'est pour elle que la source d'ennuis et de vexations multiples, si elle devient une vaine formalité entraînant pour tout avantage des frais judiciaires considérables, des lenteurs préjudiciables, le contrôle de juges ignorant souvent les véritables intérêts de la femme, en un mot si elle ne protège même pas celle qu'elle doit protéger, son maintien est arbitraire, injuste ; le principe de la capacité absolue s'impose.

Bien d'autres arguments ont été présentés. Pourquoi ne pas transporter dans le Droit civil, dans la loi commune, les principes d'indépendance, de liberté, de capacité qui ont triomphé en Droit commercial ? En cette matière comme en beaucoup d'autres, le Droit commercial n'est-il pas le précurseur des réformes futures. D'autre part, il suffit de jeter un coup d'œil autour de nous, chez nos voisins, pour s'apercevoir que la femme séparée ou non, marche, au point de vue civil, vers l'émancipa-

(1) Flourens, Sénat, J. Off. doc. parl. 1886, p. 379.

(2) Paris, Sénat, séance 18 janv. 1887, p. 21, col. 2.

(3) Denormandie, Sénat, séance 18 janvier 1887, p. 23, col. 1.

tion complète. « Il y a au fond, a déclaré M. Denormandie au Sénat, une thèse sociale : l'égalité des sexes ». C'est vrai, au point de vue civil tout au moins. La condition juridique de la femme tend à se rapprocher de plus en plus de celle de l'homme.

Telles sont les raisons qui ont déterminé l'adhésion des membres des deux Chambres. Les objections n'ont cependant pas été épargnées à ce système qui aujourd'hui a force de loi.

Les adversaires du nouveau principe ont placé la discussion sur le terrain pratique des intérêts matrimoniaux, qui constituent, d'après un grand nombre d'auteurs, la base, la raison d'être de l'incapacité de la femme, et ils ont essayé de démontrer, qu'à ce point de vue spécialement, la séparation de corps ne doit pas détruire la puissance maritale et l'incapacité dont elle est le corollaire et la sanction. « Le lien conjugal est relâché écrit M. Allou, mais n'est point brisé dans la séparation de corps ; celle-ci ne saurait dès lors aboutir, comme le divorce, à l'émancipation complète de la femme ; sans doute la femme n'est point inférieure à l'homme et nous ne lui contestons pas l'égalité des droits civils ; mais avec la séparation de corps, la dépendance résultant du mariage subsiste toujours » (1). En résumé, le mariage subsiste ; or l'incapacité, qui est une suite du mariage, et non pas seulement de la vie commune, doit subsister aussi. La séparation de corps n'entraîne pas la dissolution de la famille ; celle-ci demeure « avec ses besoins

(1) Allou, Rapport supplémentaire, J. Off. Sénat, doc. parl. 1886, p. 376.

et quelques-unes de ses conditions d'existence ; loin de détruire les intérêts pour la sauvegarde desquels a été établie l'autorité maritale, la séparation de corps les respecte et peut-être même en fait-elle surgir de nouveaux qu'il serait imprudent de négliger : d'où la nécessité de maintenir la femme séparée de corps sous le joug de l'autorité du mari » (1).

En effet, l'obligation de secours survit à la séparation ; si le mari tombe dans la misère, la femme est tenue de lui fournir des aliments. Que deviendra cette obligation si la femme dilapide sa fortune ? Et les gains de survie qui subsistent après la séparation et la liquidation de la communauté ? Que vont devenir ces avantages au profit du survivant, si la femme peut faire de sa fortune l'usage qui lui convient.

Réfuter ces objections est chose facile. En ce qui concerne la créance alimentaire, la femme a les mêmes droits éventuels que le mari : pourquoi donner à l'un une garantie que l'on refuse à l'autre ? Si cette créance est reconnue exigible par un jugement, le droit commun suffit : le tribunal imposera à la femme la prestation de certaines sûretés (2) ; au besoin, on lui nommera un conseil judiciaire ; on poursuivra l'interdiction dans les cas où cela sera possible. D'ailleurs, la situation est la même pour les deux époux : il faut donc les traiter de même façon.

(1) Cabouat, Explication de la loi, p. 38.

(2) Demolombe, IV, 68, 69. — Lyon, S. 69, 2, 250. Montpellier, S. 73, 2, 20.

Quant aux gains de survie, l'objection est plus délicate. La femme, après la séparation, jouit encore de son hypothèque légale : le mari doit même en vertu de l'art. 1518 du C. C. fournir caution pour garantie du préciput dont il reste détenteur. La femme au contraire n'est tenue à fournir aucune garantie ; et le mari n'avait jusqu'à ce jour, comme compensation à l'hypothèque et à la caution, que la puissance maritale ; la supprimer, c'est rendre les époux inégaux en droit.

On peut répondre qu'il y a exagération à mettre en parallèle l'incapacité de la femme et les sûretés fournies par le mari. L'incapacité est une charge autrement lourde que l'hypothèque et la caution : cependant, soit dit en passant, nous croyons que le législateur aurait agi sagement, en imposant à la femme les mêmes obligations qu'au mari. Mais, cette concession faite à l'objection, celle-ci ne porte plus car pour les gains de survie comme pour la créance alimentaire « si la réciprocité n'existe pas, l'idée supérieure de justice est violée » (1). En fait, il serait même plus urgent de prendre des mesures à l'égard du mari qu'à l'égard de la femme, les chiffres cités par M. le Commissaire du Gouvernement le démontrent péremptoirement ; et il conclut : « Si dans les neuf dixièmes des cas, nous n'avons à nous préoccuper, ni de la créance alimentaire, ni des gains de survie, je crois qu'il est tout à fait inutile d'introduire dans nos lois des idées nouvelles pour sauvegarder ces droits » (2).

(1) Falcimaigne, Journ. Off., Sén. déb. parl. 1893 p. 24, col. 3.

(2) Idem.

Après le mari, les enfants. Si la femme recouvre la libre disposition de sa fortune, ne se livrera-t-elle pas à des spéculations aventureuses ou bien ne favorisera-t-elle pas l'un de ses enfants au détriment des autres ? Et M. Denormandie ajoute : « La femme livrée ainsi à elle-même ne manquera pas de trouver des conseillers. Oh ! c'est certain, elle en aura de nombreux ; elle aura des conseillers qui seront épris de sa personne ; elle en aura aussi qui seront épris de sa fortune. Tout cela est rempli de dangers » (3).

Les enfants peuvent donc avoir à souffrir de la prodigalité ou de l'inexpérience de leur mère ; la puissance maritale sauvera leurs intérêts.

En réponse à cette objection, on a fait observer, pour éviter toute équivoque, que les biens propres et actuels des enfants restaient en dehors du débat et qu'il s'agissait seulement des biens de la femme sur lesquels les enfants ont un droit éventuel. Or dans ces limites, si la critique qui précède est exacte, il faut pour obvier efficacement à cet inconvénient, établir une véritable incapacité des parents dans l'intérêt successoral de leurs descendants ; ce qui serait ouvrir la succession des père et mère avant leur mort ; il faut mettre en tutelle les parents (le père aussi, pour être logique, car il ne doit pas être moins suspect,) leur enlever la libre disposition de leurs biens pour en investir leurs héritiers. Toutes ces conséquences sont inadmissibles et de plus il importe de se placer en face des

(3) Denormandie, Journ. Off., Sén. déb. parl. 1887, p. 24, col. 2, séance du 18 janvier.

faits. La situation de la femme divorcée n'est-elle pas la même ; et personne ne s'en plaint. En outre si le Code juge la femme assez éclairée et ferme pour lui confier parfois la garde et la surveillance des enfants, à l'exclusion du père, comment peut-il lui refuser la gestion de ses intérêts pécuniaires, qui sont en même temps ceux de ses enfants. Enfin le droit commun est toujours là ; le conseil judiciaire ou l'interdiction d'une part, la réserve de l'autre, suffiront pour réprimer les écarts de la femme. Il faudrait même pour être logique dans le système que nous combattons, retourner en arrière, enlever à la femme le droit d'administrer ses biens, la priver de toute initiative dans les choses du droit. Tout le monde reculerait devant cette conséquence, la seule logique cependant.

Une dernière considération suffira pour réfuter en bloc toutes ces objections. Toutes en effet, sans le vouloir, s'inspirent de cette idée déjà réfutée, que la femme est moins apte que l'homme à gérer ses biens. Car si elle est aussi capable, il n'y a plus à craindre qu'elle dissipe sa fortune, le mari peut se rassurer sur le sort de sa pension alimentaire et de ses gains de survie ; les enfants peuvent espérer recevoir un jour la fortune de leur mère ; elle est en bonnes mains ; l'affection maternelle n'est-elle pas un sûr garant que la femme fera de ses droits un usage équitable et prévoyant ?

Les partisans du premier projet ont fait ressortir pour maintenir l'incapacité de la femme, l'immoralité qu'il y aurait à laisser une femme séparée de corps recevoir des donations, sans le consentement du mari. « Est-ce que le mari, demandait

M. Denormandie, n'est pas en droit de se préoccuper de la conduite de sa femme, de l'usage qu'elle fera de sa fortune » (1). On leur a répondu à très juste titre que l'incapacité empêchait seulement les donations authentiques, et que la femme qui s'abaissait à mériter des donations, dont la cause était inavouable, les recevrait sous forme de bijoux, de titres au porteur, de valeurs mobilières : « Le maintien de l'autorité maritale après la séparation de corps, dit M. Léon Renault, ne peut opposer aucun obstacle à ce que la femme capable de recevoir des donations de cette sorte, les acquière en parfaite sécurité » (2). Les dons manuels sont toujours possibles, car ils échappent à tout contrôle.

Enfin, a-t-on dit, la séparation de corps est un état transitoire, appelé à cesser par la réconciliation; l'incapacité est de nature à favoriser ce rapprochement. Il faut, dit M. Allou, « préserver la dot de la femme en vue d'une réconciliation dont on ne doit jamais perdre l'espérance » (3). Laurière disait déjà : « Il serait dangereux que, pendant que les choses sont ainsi en suspens, il fût permis à la femme d'aliéner ses immeubles et en se ruinant de se mettre hors d'état de retourner avec son mari qui ne voudra plus la reprendre si elle n'a plus rien » (4). Certes il ne faut apporter aucune entrave à un rapprochement désirable; mais en fait, les réconcilia-

(1) Denormandie. — Journ. Off. Sénat 1887, p. 24, col. 2, séance du 18 janvier.

(2) L. Renault. — Journ. Off. Sénat 1887, p. 29, col. 3, séance du 20 janvier.

(3) Allou. — Exposé des Motifs, Sénat, doc. parl., n° 185, p. 260, 1884.

(4) Laurière. — Sur l'art. 234 de la Coutume de Paris, t. II, p. 222.

tions sont rares ; elles atteignent d'après M. Naquet la proportion de 2 pour 100. L'objection, si elle vaut quelque chose, n'a qu'une portée très limitée ; mais elle n'a même aucune valeur. En quoi la capacité de la femme s'opposera-t-elle à la réconciliation ? La femme est-elle donc si inexpérimentée qu'elle doive toujours se ruiner ? Enfin « moins les époux auront eu d'intérêts à débattre, moins ils auront échangé de papier timbré, et plus le rapprochement sera facile » (1).

Telles sont les objections qui ont été faites au système proposé par le Conseil d'Etat : elles n'ont pu arriver à en triompher, et c'est ce système radical, absolu de la pleine capacité civile qui a été voté par les Chambres. Nous voudrions avant de clore cette étude, dire quelques mots de chacun des trois autres systèmes qui ont été proposés comme remèdes à la situation pénible de la femme séparée de corps.

Le système primitif de la Commission mérite d'attirer le premier notre attention. Il peut se résumer ainsi. La femme doit : ou solliciter l'autorisation de mari, ou s'adresser directement au tribunal ; en un mot maintien de l'autorisation maritale, avec faculté de s'adresser directement à la justice. Quel eût été l'avantage de la réforme ? Presque nul : les vrais inconvénients de l'autorité maritale subsistent : cette innovation ne fait que simplifier la procédure, elle permet uniquement de gagner du temps et d'abrégéer un peu les lenteurs de la justice.

(1) Paris. — J. Off., Sénat. 1887, p. 22, col. 2, séance du 18 janvier.

Ceci dit, toutes les critiques qui ont inspiré la loi nouvelle, peuvent être renouvelées ; le système de la Commission ne leur a rien enlevé de leur force. L'intervention de la justice est loin d'être une garantie suffisante : « Les mesures de protection demandées aux magistrats avec le cortège d'avoués, d'huissiers et d'officiers ministériels de tout ordre sont si lentes, sont si coûteuses que neuf fois sur dix, la prétendue protection accordée par la loi amène la ruine des protégés. Les principes sont saufs, les hommes d'affaires n'y perdent pas, mais les protégés n'ont plus rien à protéger ; aussi combien voyons-nous de maris indignes, spéculer sur cette situation et faire payer leur autorisation. Souvent la femme a intérêt à subir ces exigences de son prétendu protecteur ; car le recours aux tribunaux lui coûterait encore beaucoup plus. » Ainsi s'exprime M. Labiche (1), et M. Paris ajoute : « La moindre affaire entraîne 100 francs de frais pour la pauvre femme qui avait droit à être autorisée et qui a obtenu l'autorisation en justice » (2).

Les conséquences de l'intervention du tribunal peuvent se résumer ainsi : grands retards, frais énormes, manque de protection pour la femme qui préférera, quand elle le pourra, obtenir l'autorisation en la payant, en s'engageant envers le mari ou dans son intérêt (3). Ce n'est pas tout. Il est parfois

(1) Labiche. — J. Off. Sénat, s. 25 janv. 1887, p. 48, col. 2.

(2) Paris. — J. Off., Sénat, s. 18 janv. 1887, p. 21, col. 2 et 3.

(3) La loi française en effet permet à la femme autorisée de son mari, de s'engager envers ce dernier ou dans son intérêt. L'autorisation dans ce cas cesse d'être une garantie. La femme trouve alors dans son mari non plus un tuteur mais un adversaire. C'est une lacune regrettable dans notre législation. V. Gide, p. 432 et 433.

difficile aux juges de protéger efficacement la femme ; étrangers à la famille, ils ignorent ses véritables intérêts, ne sont pas au courant de ses affaires, de ses besoins, et le mari qui pourrait les renseigner, se refusera le plus souvent à comparaître devant les juges. Ceux-ci devront donc se prononcer sur les dires de la femme, qui leur cachera soigneusement ce qui serait un obstacle à l'autorisation. — Enfin, il y a inconséquence notoire à maintenir l'autorisation de justice, si l'on supprime l'autorisation du mari : en effet dans notre Droit, la première n'est que subsidiaire ; elle supplée la seconde : peut-on abolir le principal et garder l'accessoire ? Si le premier degré de juridiction est inutile, le second degré, la juridiction d'appel ne peut subsister.

Veut-on rendre l'autorisation de justice principale ? Alors les raisons pour lesquelles on a enlevé au mari ses pouvoirs, peuvent être reprises contre les tribunaux : bien plus, c'est créer une incapacité spéciale, assimiler la femme à un mineur, la mettre en tutelle : « La femme apparaîtrait pour la première fois dans nos lois comme une personne civilement incapable parce qu'elle est femme » (1) ; enfin c'est « fausser le rôle de l'autorité judiciaire par une extension démesurée et jusqu'ici inconnue de son attribution et lui conférer une faculté d'immixtion dans les affaires des conjoints peut-être plus vexatoire que le maintien pur et simple de la législation existante » (2). La mission des tribunaux est de juger des différends, de trancher des litiges et

(1) Léon Renault. — J. Off., Sénat, 20 janv. 1887, p. 28, col. 3.

(2) Cabouat. — Explication de la loi du 6 février 1893, p. 22.

non de prendre les fonctions de tuteur ou de mari ; le recours indirect du Code se comprend ; un conflit est né, il faut le trancher ; mais le recours direct au tribunal est illogique.

Les auteurs de la proposition ne s'étaient pas dissimulé les objections soulevées par leur système et M. Allou, rapporteur, y avait répondu par avance. Nous voulons, disait-il en substance, supprimer au cas de séparation de corps, l'autorisation maritale, mais comment la remplacer ? Un conseil judiciaire serait blessant pour la femme et résisterait difficilement aux pressions qu'elle exercerait sur lui, si elle voulait avec tenacité. Un conseil de famille est pratiquement impossible et indiscret pour la femme. Alors quoi ? Il ne reste que l'autorisation de justice.

Toutes ces considérations n'enlèvent rien aux critiques dont ce système est l'objet ; nous terminerons par une dernière remarque. « En cas de séparation, dit M. Flourens, il est impossible de ne pas constater que l'adoption de ce système, par la procédure qu'il organise, détruisait le peu d'espoir de réconciliation qui peut subsister (1) ». En effet mieux vaut supprimer entre époux séparés les rapports de ce genre. Au bout de quelque temps, la haine ou le mépris feront place à l'indifférence et à l'oubli du passé ; le rapprochement en deviendra plus facile.

En résumé, ce système se heurtait à des difficultés sérieuses ; la réforme de pur détail et de procédure que proposait la Commission, était peu de chose. Le Sénat porta ses vues d'un autre côté.

(1) Flourens. — J. Off., Sénat, doc. p., 1886, p. 380, col. 1.

Un amendement de MM. de Marcère et Béranger rendait à la femme, sa capacité dans les cas où il n'y aurait pas d'enfants issus du mariage. Il fut repoussé par suite de l'adoption du système Bardoux, et il n'y a pas à le regretter. Pour des motifs qu'il est aisé de comprendre, l'état et la capacité des époux ne doivent jamais dépendre de l'existence des enfants, ni de leur nombre. Les auteurs de l'amendement obéissaient à une pensée de conciliation : puisque le Sénat se refusait à suivre le Conseil d'Etat dans la crainte de nuire aux enfants, rien ne l'empêchait de le faire au cas où il n'y avait pas d'enfants issus du mariage. Mais il a été répondu très justement que notre Droit civil ne s'est jamais inspiré de l'existence des enfants en ce qui concerne l'incapacité de la femme mariée (1). En effet, cette incapacité est une suite du mariage, qu'il y ait ou non des enfants. Il ne faut donc pas subordonner l'une des deux idées à l'autre.

Il ne nous reste plus à examiner que le système Bardoux, adopté par le Sénat en 1887. Lui aussi reposait sur une distinction ; il était ainsi conçu : « La séparation de corps prononcée contre le mari aura en outre pour effet de rendre à la femme le plein exercice de sa capacité civile, sans qu'elle ait besoin en aucun cas de l'autorisation de mari ou de justice ». La femme demanderesse qui triomphe dans l'instance en séparation devient capable ; la femme contre qui la séparation est prononcée, reste incapable : mais dans ce dernier cas, elle jouit

(1) Voir Léon Renault. J. Off., Sénat, déb. parl. 1887, p. 29, col. 2. — Falcimaigne. J. Off., Sénat, déb. parl. 1893, p. 24, col. 2.

du droit d'option, que la Commission avait proposé d'accorder à toutes les femmes séparées.

La distinction proposée était inspirée, dans l'esprit de ses partisans, MM. Bardoux, Lucien Brun, Denormandie, Demôle, etc., par le motif suivant : Il est scandaleux d'accorder à une femme indigne, à une femme qui a violé la foi conjugale et ses devoirs d'épouse, les mêmes droits, les mêmes avantages qu'à la femme malheureuse, victime de l'inconduite ou des mauvais traitements de son mari. Ce serait une honte de mettre ces deux sortes d'épouses sur le même pied d'égalité. La capacité civile sera la marque qui servira à les distinguer l'une de l'autre.

Cette idée d'ailleurs n'est pas nouvelle ; cette distinction est adoptée par les législations italienne, espagnole, portugaise. Elle est peut-être illogique, mais au moins elle n'est pas une sorte de prime à l'inconduite de la femme (1).

Comme toutes les combinaisons qui s'inspirent de deux idées contraires, ce système prête le flanc aux mêmes critiques que les deux autres dont il n'est que la réunion. La restitution conditionnelle de la capacité à la femme est impossible à justifier : en effet, que la femme triomphe ou succombe, la séparation produit sur le mariage, la vie commune, causes de l'incapacité, les mêmes effets ; il y a donc dans les deux cas les mêmes raisons pour supprimer l'autorisation ou pour la maintenir. Et si l'on est d'avis de la supprimer, elle doit l'être dans tous les cas, et sans distinction.

(1) L. Brun. — J. Off., Sén., déb. parl., 20 janv. 1887, p. 36, col. 2.

De plus ce système voudrait déterminer l'étendue de la capacité d'après le degré de dignité de la personne (1) : or, c'est là une théorie que notre Droit français repousse avec raison ; en effet le mari contre qui la séparation est prononcée, ne devient pas incapable ; la femme divorcée, qui a perdu son procès, recouvre néanmoins sa capacité. — Et si l'on examine la question de plus près, on est bien obligé de reconnaître que la condamnation ne prouve pas toujours l'indignité. Il n'y a qu'une femme indigne, c'est la femme adultère : mais dans la plupart des cas, la séparation est prononcée pour toute autre cause : la femme peut être de caractère insupportable, tracassière ; l'incompatibilité d'humeur, de goûts est peut-être la cause des faits qui ont motivé le jugement : la femme est-elle indigne pour cela ? Nullement. Et si nous examinons la statistique, elle nous démontre que les séparations pour adultère de la femme sont seulement dans la proportion de 3 ou 5 pour cent condamnations à la séparation prononcées contre les femmes (2). Était-il bien utile de légiférer pour une quantité aussi négligeable ?

Nous irons plus loin : même pour la femme qui a violé la foi conjugale, le maintien de l'incapacité ne se comprendrait pas ; elle serait une véritable peine. On a protesté contre cette expression. Non ce n'est pas une peine, a-t-on dit, c'est une restitution de droits que nous faisons, ce n'est pas une

(1) Huc. — Droit civil, II, p. 495.

(2) Cité par Arnault. — Examen de la loi du 6 févr. 1893 sur la séparation de corps (Extrait des Mémoires de l'Académie de législation de Toulouse, p. 42 et 43.)

réduction de droits. Nous rendons à la femme innocente la capacité qu'elle avait avant son mariage : et la femme coupable reste dans le statu quo ; elle n'est pas punie, pas plus qu'elle ne l'a été en se mariant. Le Code lui-même n'a-t-il pas basé sur cette distinction critiquée, la perte des gains de survie, du préciput, des donations entre époux. « Vous voyez donc, conclue M. Bardoux, que le caractère pénal de la peine n'existe pas. Autre chose est une déchéance, autre chose une peine dans le sens juridique du mot » (1).

Cette distinction ne nous paraît pas juste ; le mot déchéance est inexact ici. La déchéance est la perte d'un droit, survenue parce que les causes qui avaient fait naître ce droit, ne se rencontrent plus pour en justifier le maintien. Par exemple, quelle est la raison d'être de la puissance paternelle ? C'est l'aptitude supposée au père, pour diriger l'éducation de ses enfants. Aussitôt qu'il en est incapable, il est déchu, parce que la raison d'être de ce droit a disparu. De même l'époux bénéficiaire des gains de survie, et des donations entre époux, en est déchu lorsqu'il ne s'acquitte plus des soins et des services qu'il doit à son conjoint et qui sont la raison d'être de ces libéralités.

Mais ici la base sur laquelle repose la capacité, a-t-elle disparu pour la femme contre qui la séparation a été prononcée ? Nullement. Dans un cas comme dans l'autre, la restitution de la capacité a pour cause la disparition de la vie commune ; or la vie en commun disparaît toujours, que la sé-

(1) Bardoux. — J. Off., Sénat, déb. p., 25 janv. 1887, p. 45, col. 3.

paration soit prononcée contre le mari ou contre la femme. Donc l'idée de déchéance est inexacte ici ; c'est une véritable peine.

Signalons un dernier inconvénient de la distinction ; la femmeséparée aurait eu à chaque instant besoin du jugement de séparation pour rassurer les tiers avec qui elle contractait, heureux encore si ceux-ci pour éviter toute surprise n'exigeaient pas l'autorisation maritale. (1)

La distinction proposée par l'amendement Bardoux engendrait une situation particulière qui ne manque pas d'intérêt. A supposer que la séparation fut prononcée conjointement contre les deux époux, la femme devait-elle reprendre son entière capacité ? M. Bardoux a répondu : « Dans ce cas la femme gagne en partie son procès et elle doit bénéficier de notre amendement » (2). Et il motivait son opinion en ces termes : « Il faut le dire, la femme est traitée avec plus de sévérité par la justice, en vertu de considérations de l'ordre moral que je n'ai ni à justifier, ni à expliquer, mais qui existent. Est-ce qu'il ne s'ensuit pas que lorsque la séparation a été prononcée contre les deux époux, la femme doit recouvrer sa capacité civile sans distinction ? »

Nous ne croyons pas que cette raison soit sérieuse et l'opinion contraire méritait plutôt d'être adoptée. Supposez deux femmes séparées, l'une condamnée

(1) Un autre inconvénient de l'adoption du système Bardoux eut été de porter à six le nombre de catégories de femmes séparées de corps ou de biens. Voir Arnault, J. Off., Chambre, 1887, doc. p. ann. n° 2050, p. 440, col. 3.

(2) Bardoux. — J. Off., Sénat, déb. parl. 1887, p. 45, col. 2.

seule, l'autre conjointement avec son mari, et toutes deux pour des causes identiques. Ne devraient-elles pas posséder la même condition juridique. Il n'en est rien dans le système Bardoux; la première reste incapable; la seconde recouvre sa capacité. Le Code civil est plus logique et en cas de double condamnation, la révocation des avantages entre époux est réciproque. Le Code italien exige l'autorisation, que la séparation soit due à la seule faute de la femme ou aux torts réciproques des époux.

Tel est le système qui, après avoir été adopté par le Sénat, a été repoussé par la Chambre et par le Sénat lui-même, revenu sur sa première opinion. Avec l'amendement Bardoux, le grand pas était fait; et du moment où le principe jusque-là indiscutable de la survivance de l'incapacité à la séparation de corps était entamé, la logique exigeait que la femme séparée recouvrât dans tous les cas son entière capacité.

Section III.

EFFETS DU PRINCIPE DE PLEINE CAPACITÉ

Le législateur de 1893 s'est borné à insérer dans la loi le principe de la capacité de la femme, séparée : là s'est arrêtée son intervention : en vain chercherait-on à découvrir dans le texte, quelque phrase relative aux effets, aux conséquences du nouveau principe. Les travaux préparatoires ne sont guère plus complets : les débats ont en grande partie porté sur les avantages et les inconvénients de la réforme, sur la question de savoir si l'on rendrait ou non, en toutes circonstances ou dans certains cas seulement, la pleine capacité à la femme séparée de corps. Quelques affirmations plus ou moins sérieuses, parfois d'une inexactitude manifeste, émises au cours de la discussion, constituent à elles seules la part prise par nos législateurs à la solution des questions que soulève la réforme. C'est donc au juge, à l'interprète de la loi qu'incombera le soin de définir les effets, de délimiter les applications, les conséquences du principe, de trancher les controverses soulevées par l'absence de texte. Nous allons, guidé seulement par les principes de l'interprétation juridique, rechercher l'in-

fluence exercée sur notre législation par le nouveau principe de la capacité de la femme séparée.

Pour cela, il est bon d'en remettre les termes sous nos yeux : « Art. 311. La séparation de corps emporte toujours la séparation de biens : elle a en outre pour effet de rendre à la femme le plein exercice de sa capacité civile, sans qu'elle ait besoin de recourir à l'autorisation de son mari ou de justice. »

Quoi de plus large que ces expressions ? La femme recouvre le plein exercice de sa capacité civile sans distinction, sans restriction. Le législateur a voulu lui rendre les pouvoirs que la puissance maritale lui avait enlevés. Tout ce qui, dans la situation de la femme mariée, était la conséquence de la puissance maritale, et non pas du mariage, est supprimé. L'autorisation du mari, en tant que chef de la société conjugale est aujourd'hui inutile dans les cas où elle était nécessaire autrefois. L'incapacité n'existe plus pour la femme, de quelque façon qu'on l'envisage, quel que soit l'acte à accomplir.

Désormais indépendance absolue de la femme, non seulement pour les actes relatifs aux biens, offrant un intérêt pécuniaire, mais même pour ceux qui ont trait plus spécialement à la personne, et ne sont pas appréciables en argent. La femme séparée de corps reprend la liberté de son patrimoine, la liberté de sa personne. Elle dispose de sa personne, de son état, de son statut, de sa profession, comme elle dispose de ses biens. Il faut lui reconnaître, réserve faite du maintien du lien conjugal et de ses conséquences nécessaires, les mêmes droits, les mêmes pouvoirs qu'à la femme céliba-

taire majeure, veuve ou divorcée. Plus d'autorisation maritale ou judiciaire dans aucun cas, lorsqu'il s'agit d'un acte intéressant la personne ou les biens. C'est la portée qu'il faut donner au texte si net, si clair de l'art. 311.

Un doute, qu'il importe de dissiper de suite, pourrait cependant s'élever à la lecture des travaux préparatoires, et si le texte ne permet pas de distinction, les opinions émises au cours de la discussion se combattent et souvent se neutralisent. Elles paraissent bien ne pas être unanimes sur l'étendue des droits accordés à la femme séparée de corps, sur les applications de la réforme aujourd'hui accomplie.

Dans l'esprit de quelques orateurs, la capacité de la femme séparée semble devoir être réduite aux actes relatifs aux biens. M. Naquet, avant de se rallier à l'amendement Paris, avait proposé la rédaction suivante : « La séparation de corps aura pour effet... de faire rentrer la femme dans le plein exercice de sa capacité civile à l'égard de ses biens... » (1). M. Paris, dans la séance du 18 janvier 1887, développant son amendement, semblait croire quela capacité que la femme reprendrait, n'aurait trait qu'à ses biens personnels » (2). Et M. Allou, combattant le système du Conseil d'Etat, déclarait dans la même séance : « ... le Conseil d'Etat a rendu à la femme séparée la capacité entière et complète au point de vue de ses biens » (3).

(1) Naquet.—J. Off., Sénat, déb. p., 18 janvier 1887, p. 21, col. 1.

(2) Paris. — J. Off., Sénat, déb. p., 18 janv. 1887, p. 22, col. 3.

(3) Allou.—J. Off., Sénat, déb. p., 18 janvier 1887, p. 16, col. 2.

Il semble bien résulter de ces expressions que leurs auteurs n'ont pas voulu étendre la réforme aux actes intéressant la personne de la femme, ou plutôt que leur attention n'a été attirée que sur la fortune de celle-ci. Nous croyons en effet, et cela paraît vraisemblable, qu'un côté spécial de la question leur a échappé et qu'il n'y a pas eu de leur part, une volonté bien arrêtée d'exclure les actes relatifs à la personne. S'il en était autrement, la discussion eût été plus nette, plus précise. Les orateurs précités eussent formellement déclaré, qu'ils refusaient à la femme, l'entière liberté de diriger sa personne à sa guise.

Rien de cela dans les travaux préparatoires : et à côté des opinions précédentes, en apparence restrictives, nous y trouvons, dans la bouche des plus ardents partisans de la réforme, les expressions les plus générales, ennemies de toute restriction, de toute distinction. C'est M. Flourens, nous déclarant que le Conseil d'Etat est d'avis de « rendre à la femme le plein exercice de sa capacité civile sans qu'elle ait besoin, en aucun cas, de recourir à l'autorisation de son mari ou de justice » (1). « En aucun cas » peut-on formuler une règle plus générale ?

Et, fait non moins significatif, le Conseil d'Etat a placé la nouvelle disposition non plus dans l'art. 1449 relatif aux biens, à la séparation de biens principale ou accessoire, mais dans l'art. 311, dans le titre concernant les effets généraux de la séparation de corps. Peut-il y avoir doute après cela ?

(1) Flourens. — J. O., Sénat, doc. p. 1886, p. 378.

Au Sénat, M. Léon Renault s'exprime en ces termes : « La femme séparée pourra-t-elle librement à l'avenir jouir d'une capacité civile, qui lui appartient aux termes des principes généraux du Droit, avec laquelle elle est née, dont elle a acquis l'exercice le jour où elle a atteint sa majorité, qu'elle reprend pleine et entière le jour de son veuvage, comme elle pourrait le reprendre le jour où elle ferait convertir la séparation en divorce ? » (1)

Qu'est-ce donc que cette capacité ? M. Griffé nous le dit : « La femme reprend la capacité absolue qui lui appartenait avant son mariage et qui appartient à tout Français majeur » (2). Nous sommes loin de la distinction entre les biens et la personne. A la Chambre, M. Arnault, dans une phrase rapportée par M. Jullien, déclare : « ... La personne de la femme est absolument affranchie, sauf de l'obligation de fidélité. Pourquoi ses biens ne le seraient-ils pas comme sa personne, dans la mesure où le permet le contrat de mariage ? » (3). « La volonté évidente du législateur, dit M. Cabouat, est donc d'affranchir la femme séparée de corps de la puissance maritale, sous quelque aspect qu'elle puisse se présenter et dans quelque domaine qu'elle ait à s'exercer pour la femme mariée non séparée » (4).

En résumé, personne et biens deviennent libres. Le doute n'est, plus possible. Et ce ne sont pas les

(1) Léon Renault. — J. Off., Sénat, déb. parl., 20 janv. 1887, p. 35, col. 2.

(2) Griffé. — J. Off., Sénat, déb. parl., 25 janv. 1887, p. 50, col. 3.

(3) Arnault. — J. Off., Chambre, doc. parl. 1887, p. 440, col. 2.

(4) Cabouat. — Explication de la loi... p. 46.

paroles de MM. Paris et Naquet qui peuvent contrebalancer celles qui viennent d'être rapportées. L'absence de protestation de leur part prouve surabondamment qu'ils s'étaient bornés à envisager un côté de la question et n'étaient pas adversaires de l'extension absolue de la capacité pour la femme séparée de corps. — Pas de distinction, telle est la conclusion à laquelle nous conduisent le texte de la loi et l'examen des travaux préparatoires.

Nous connaissons la portée du nouveau principe. Il nous reste à l'examiner maintenant dans chacune de ses conséquences particulières, que nous rangeons en trois catégories : droits relatifs aux biens, droits relatifs à la personne : rapports juridiques entre époux séparés de corps.

§ I. — DROITS RELATIFS AUX BIENS.

En ce qui concerne les biens, la femme séparée de corps est pleinement capable ; l'affranchissement de la puissance maritale est absolu : la femme peut accomplir tous actes présentant un intérêt pécuniaire.

Si l'on compare la situation faite à la femme séparée de corps par le Code, en ce qui concerne la gestion de ses biens, avec celle que vient de lui conférer le législateur de 1893, on ne peut s'empêcher de constater qu'une modification considérable y a été apportée. Soumettre la femme mariée, même après la séparation de corps, à l'autorité maritale, avait paru aux rédacteurs du Code civil une nécessité basée sur l'ordre naturel des choses et l'intérêt

de la famille. Pour rendre efficace ce principe de l'incapacité, ils l'avaient déclaré d'ordre public ; nulle dérogation, nulle renonciation n'était possible : la spécialité de l'autorisation en assurait l'exercice.

La femme commerçante par exception, en vertu de l'autorisation générale de faire le commerce, pouvait disposer seule de ses meubles et de ses immeubles ; sa liberté d'action était très grande. La femme séparée de biens, à un certain point de vue, échappait aussi à la puissance maritale, en vertu de l'art. 1449 qui lui donne le droit d'administrer ses biens. Dans la limite des actes d'administration, la femme séparée de biens, en vertu du contrat de mariage ou d'un jugement, se soustrayait à la règle de l'autorisation du mari.

Telles étaient les dérogations apportées au principe de l'incapacité de la femme mariée. Mais la femme séparée de biens, quoique dans une situation relativement favorable, était loin de jouir de l'entière liberté qui vient de lui être octroyée. Elle reprenait (et il en est encore ainsi pour la femme séparée de biens seulement) la libre administration de sa fortune. Les controverses soulevées par ces expressions étaient multiples. Si l'on excepte d'une part les actes qui sont certainement des actes d'administration tels que baux, perception de revenus, réparations, d'autre part les actes qui rentrent dans la catégorie des actes de disposition, tels que l'achat à crédit de meubles ou d'immeubles, les actions en justice, les aliénations d'immeubles, etc..., il reste un vaste champ dans lequel la femme peut se mouvoir ou non suivant l'opinion des interprètes ; rien de

précis dans la loi en ce qui concerne l'étendue et les limites des pouvoirs de la femme séparée : aussi était-elle soumise à l'arbitraire appréciation des juges, pour les actes par elle passés.

La jurisprudence elle-même variait avec les espèces et les tribunaux, suivant que les juges se faisaient une idée large ou étroite de l'expression « libre administration », si bien que les pouvoirs d'administration confiés à la femme pouvaient, dans certains cas, arriver presque à supprimer l'autorisation maritale, et dans d'autres se voir annihilés par une interprétation étroite et restrictive de la loi. Aussi le législateur a-t-il fait œuvre utile en mettant fin à une situation si fâcheuse ; il est à regretter qu'elle subsiste pour la femme séparée de biens seulement : mais la femme séparée de corps est devenue pleinement capable d'accomplir tous actes de disposition comme d'administration en vertu de la loi du 6 février 1893.

C'est dans des termes d'une correction douteuse que le nouveau principe a fait son apparition dans notre Code. M. Bonnet dans le *Journal du Notariat* et M. Thiénot dans la *Revue critique* en ont donné une appréciation qui paraît justé. Dans l'art. 311, le législateur déclare que la séparation de corps entraîne la séparation de biens, sous laquelle la femme ne jouit que d'une capacité des plus restreintes, puis dans l'alinéa suivant, il déclare celle-ci pleinement capable. « Ce qui revient à dire, ajoute M. Thiénot, que la femme séparée de corps est assimilée à la femme séparée de biens, comme par le passé, qu'elle ne peut donc faire aucun acte un peu important, sans l'autorisation du mari ou de

justice, mais avec cette différence toutefois qu'elle peut tout faire, même les actes les plus graves, sans autorisation » (1).

Le texte eût certainement gagné à être mieux rédigé. Mais il faut dire en faveur du législateur que l'expression dont il s'est servi est exacte en partie. Sans doute la capacité de la femme n'est plus régie par l'art. 1449, mais les autres effets de la séparation de biens se produisent encore au cas de séparation de corps. Ainsi la communauté est dissoute ou plus exactement le régime matrimonial des époux fait place au régime de séparation de biens judiciaire ; il y a lieu de procéder à la liquidation de la communauté, et au partage des biens communs : sous les autres régimes, la femme exerce ses reprises. Voilà qui explique le maintien de l'ancienne rédaction : « la séparation de corps entraîne la séparation de biens ». Sans doute, il eût été plus correct d'ajouter « sauf en ce qui concerne la capacité de la femme séparée » ; mais cette légère incorrection n'est pas de nature à tromper l'interprète de la loi, sur l'intention du législateur, et sur le sens des expressions qu'il a employées.

Que penser du maintien de la séparation de biens accessoire à la séparation de corps ? Dans un excellent article de la *Revue critique* (2) M. Surville, n'approuve pas le maintien de cette disposition. « Il y a là, dit-il, confusion d'intérêts de nature très différente : il y a confusion des intérêts moraux et des intérêts pécuniaires ». La séparation de biens

(1) Thiénot. — *Revue critique*, 1893, p. 385.

(2) Surville. — *Revue critique*, 1893, p. 226.

qui dans l'intention des rédacteurs du Code est une protection accordée à la femme seule, pourra être obtenue par le mari sous le couvert de la séparation de corps: enfin on complique par là, les questions de séparations de corps, auxquelles on mêle des considérations pécuniaires. « A mon sens, ajoute M. Surville, il eût été préférable d'autoriser simplement les tribunaux à prononcer la séparation de biens accessoirement à une séparation de corps, lorsque les circonstances la font considérer comme désirable ».

Ces critiques sont exagérées ; la fraude est possible, mais le droit commun permettra le plus souvent de la démasquer et de la réprimer : et nous croyons que le législateur a bien fait de ne pas se laisser arrêter par cette considération de fraude éventuelle. En effet la société de biens qui peut exister entre deux époux en vertu de leur contrat de mariage, est une conséquence de la société des personnes ; or il est logique autant qu'utile, si cette dernière vient à cesser de mettre fin aussi à la première.

La séparation de corps entraîne donc encore la séparation de biens. Or, l'article 1445, al. 2, décide que : « le jugement qui prononce la séparation de biens remonte quant à ses effets au jour de la demande ». Ce texte s'applique-t-il à la séparation de biens accessoire ? Le jugement de séparation de corps rétroagit-il au jour de la demande, en ce qui concerne les effets relatifs aux biens ? C'est là une question discutée sur laquelle trois systèmes se sont fait jour. Pour les uns, la rétroactivité se produit ; pour les autres, la séparation de biens ne date que du jour du jugement de séparation de corps; enfin la plupart des auteurs et la jurisprudence

la plus récente (1) distinguent : entre époux, effet rétroactif ; à l'égard des tiers, solution contraire.

Telle est la controverse que le projet de 1816 par son art. 24 tranchait dans le sens de la non-rétroactivité (2). La loi nouvelle, moins complète ne se prononce pas ; la question n'a pas été soulevée lors de la discussion et rien dans les travaux préparatoires ne vient militer en faveur de l'une ou l'autre de ces opinions. La controverse reste possible.

Nous avons terminé les quelques explications qu'appelait le second alinéa du nouvel article 311 relatif à la séparation de biens accessoire ; nous allons entrer dans le détail de l'alinéa 3, concernant la capacité de la femme séparée de corps. La conséquence à tirer du nouveau texte est que la femme séparée peut maintenant faire seule les actes pour lesquels elle devait autrefois solliciter l'autorisation du mari ou de justice. Il faut supprimer les négations contenues dans les articles 215 et 217 et dire que la femme peut ester en jugement, donner, aliéner, hypothéquer, acquérir à titre gratuit ou onéreux, sans autorisation. « *Factâ separatione, mulier non est amplius in potestate mariti.* » Cette pensée a besoin d'être développée et complétée par quelques explications, auxquelles nous donnerons le cadre suivant : Actes Extrajudiciaires (Obligations, Aliénations, Acquisitions), Actes judiciaires.

(1) Cf. Cass. 18 Juin 77 S. 77.1.406. Lyon, 16 Juillet 1881, S. 82. 2. 237.

(2) V. Loaré V. p. 593.

A. — ACTES EXTRAJUDICIAIRES

I. — OBLIGATIONS

La femme séparée de corps peut s'obliger non seulement par ses délits, quasi-délits, quasi-contrats, mais aussi par ses contrats et cela sans aucune autorisation du mari ou de justice. La signature unique de la femme est valable ; le mari n'a plus à intervenir pour la valider. La nullité pour défaut d'autorisation ne peut plus être invoquée par la femme séparée de corps.

Mettre en parallèle l'ancienne et la nouvelle législation : ou (ce qui est la même chose) comparer la situation de la femme séparée de corps, avec celle de la femme séparée de biens que la loi nouvelle n'atteint pas, nous paraît être le moyen le plus naturel de donner une idée exacte de la réforme.

La femme mariée est incapable de s'obliger sans autorisation. Cela résulte des articles 221, 222, 224 et 1124. Mais lorsqu'elle est séparée de biens, elle peut faire sans autorisation tous les actes relatifs à l'administration de ses biens (art. 1449 et 1536). Elle a donc pleine capacité pour s'obliger en tant qu'il s'agit de cette administration. Il y a là une nécessité de premier ordre qui s'impose dans le système de l'art. 1449, car il est impossible d'administrer sans s'obliger. La conséquence est donc que la femme peut s'obliger, mais ne peut s'obliger que dans les limites de son droit d'administration. C'est l'opinion universellement admise.

Les tiers qui se proposent de traiter avec la femme doivent donc rechercher si l'opération projetée est ou non relative à l'administration des biens : pas de difficulté, si elle a pour objet l'exploitation, la conservation, ou l'amélioration d'un bien, de même si elle est appelée à subvenir aux besoins de la vie journalière : mais si le caractère de l'obligation paraît douteux, s'il s'agit par exemple d'un emprunt, auquel cas il est bien difficile de savoir exactement à quelle nécessité, la somme versée est appelée à faire face, les tiers courent de grands risques : en outre les différences d'appréciation très nombreuses dans ces matières délicates, dont les tiers sont exposés à être les victimes, la nécessité dans laquelle ils se trouvent d'établir, en cas de contestation, que la femme a réellement agi dans les limites de ses pouvoirs, rendent leur situation excessivement précaire.

Aussi, bien que la femme en cas de nullité du contrat, soit tenue, en vertu de l'art 1312, de restituer la partie du prix payé qui a tourné à son profit, parceque « nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui », tout pousse les tiers à subordonner la passation du contrat à l'autorisation du mari ou de justice qui leur donnera pleine sécurité. En fait donc la femme séparée de biens ne peut contracter sans autorisation que dans des cas assez rares. Il n'y a guère d'inconvénients pour la femme simplement séparée de biens, qui le plus souvent, est restée en excellents termes avec son mari ; mais il en était autrement pour la femme séparée de corps ; nous connaissons la fâcheuse influence exercée par la séparation de corps sur l'exercice de la puissance

maritale. Le législateur de 1804 n'avait donc donné à la femme séparée de corps, en matière de contrats, qu'un droit relativement restreint et une initiative paralysée en fait.

La loi de 1893 a remédié à cette situation d'une façon radicale, en reconnaissant à la femme séparée de corps pleine et entière capacité de s'obliger et de contracter : plus de distinctions douteuses entre les actes de disposition et les actes d'administration : les engagements de la femme donnent aux tiers, comme à la femme elle-même sécurité absolue, quelle que soit leur nature. La femme peut donc emprunter et donner à cet emprunt l'importance, le but et la destination qu'il lui convient ; son droit n'est soumis à aucune restriction. Elle peut accepter un mandat sans autorisation comme par le passé, mais sa responsabilité n'est plus limitée par les articles 1310, 1312 et 1990 ; elle est tenue, comme toute personne capable de remplir le mandat, de rendre compte et de réparer les fautes par elle commises dans sa gestion. Elle peut encore acquiescer à une demande formée contre elle, se désister de l'instance par elle engagée, ce qu'il lui était autrefois généralement refusé ; transiger non plus seulement sur les contestations relatives à ses meubles et dans les limites de l'administration, mais aussi sur ses droits immobiliers, et dans tous les cas ; compromettre enfin, ce qui constitue pour la femme séparée de corps, un droit nouveau. Telle est la situation de la femme séparée de corps au point de vue des obligations qu'elle est appelée à contracter.

II. — ALIÉNATIONS

La femme séparée de corps recouvre aussi le droit entier et absolu d'aliéner ses immeubles et ses meubles à titre gratuit et onéreux, directement ou indirectement.

Avant la loi du 6 février 1893, on refusait à la femme séparée le droit d'aliéner ses immeubles. Il en est encore de même aujourd'hui pour la femme séparée de biens, ainsi que le déclare l'art. 1449, alinéa 3, ainsi conçu : « Elle ne peut aliéner ses immeubles sans le consentement du mari ou sans être autorisée de justice à son refus. » Il en est ainsi d'après l'avis général, même au cas où il s'agirait d'un immeuble acheté par la femme avec les économies faites sur ses revenus.

Indirectement cependant, elle peut arriver à disposer de ses immeubles dans une certaine mesure, en vertu de l'art. 2092 : on admet que les créanciers envers qui la femme s'est obligée pour les besoins de son administration peuvent poursuivre le paiement sur les immeubles comme sur les meubles, car quiconque s'oblige, oblige tous ses biens. La femme a encore un moyen indirect mais illégal d'aliéner la nue-propriété de ses immeubles ; il lui suffit de donner à l'acte d'aliénation ou d'obligation sous seing-privé, une date antérieure au mariage. Le créancier peut alors en vertu de l'art. 1410, al. 2, poursuivre les immeubles de la femme pour la nue-propriété. Toutefois c'est là un moyen qui n'offre qu'une sécurité relative, car les tiers ont toujours à craindre que la preuve de

l'antidate ne soit faite contre eux ; la femme elle-même peut prouver la fraude (1). Mais si on laisse de côté ces moyens détournés, la femme séparée de corps ne pouvait aliéner ses immeubles, ni à titre onéreux, ni à titre gratuit, et si elle pouvait tester sans autorisation, il lui était interdit de donner entre-vifs. (Art. 905).

De même l'hypothèque, qui n'est au fond qu'une aliénation partielle ne pouvait être établie sur les immeubles de la femme non autorisée. A l'incapacité succède désormais la pleine capacité. La femme séparée de corps peut aliéner ses immeubles, les donner entre-vifs, les hypothéquer. Cette dernière conséquence est toute naturelle : le Code établit dans l'art. 2124 en ce qui concerne la capacité, une étroite corrélation entre l'aliénation et l'hypothèque. Du moment où la femme (et cela ne peut faire de doute), a le pouvoir d'aliéner, elle doit avoir aussi celui d'hypothéquer.

En ce qui concerne les meubles, la réforme a aussi quelqu'importance. La situation créée par l'art. 1449 était et est encore pour la femme séparée de biens, la source de nombreuses controverses. L'aliénation du mobilier à titre onéreux est considérée par la plupart des auteurs comme inattaquable, comme constituant toujours et en elle-même un acte d'administration. La jurisprudence au contraire exige que l'aliénation soit rendue nécessaire par les besoins de l'administration. Cette solution rend très précaire la situation des tiers acquéreurs.

(1) Voir Cabouat. Explication de la loi, . . . p. 59. — Baudry. Précis de droit civil, éd. 1889, III, p. 61, n° 89.

Enfin l'aliénation à titre gratuit, par donation entre-vifs, est dans l'opinion générale interdite à la femme non autorisée, malgré le mot « disposer » de l'art. 1449 ; mais la pratique des dons manuels rend cette règle en partie inutile.

A ce régime restrictif et discuté, succède pour la femme séparée de corps un régime de liberté absolue. Désormais l'aliénation du mobilier n'est plus accordé par la loi « comme une conséquence et un moyen du droit d'administration » (Demolombe IV, n° 155). La femme séparée de corps peut donc aliéner son mobilier directement ou indirectement, à titre gratuit ou onéreux. Elle peut comme elle pouvait avant la loi nouvelle, bien que cela facilite les aliénations clandestines, convertir en titres au porteur, ses titres nominatifs. A ce sujet rappelons que le texte primitif de la Commission du Sénat soumettait l'aliénation des valeurs mobilières à l'autorisation du mari ou de justice. C'était faire un pas en arrière ; mais sur les instances de M. Naquet à la séance du 18 juin 1885, ce projet restrictif de la liberté de la femme disparut de la rédaction définitive (1).

Cette pleine capacité que la femme séparée de corps acquiert pour l'aliénation de ses biens, mérite d'être approuvée. Il en résultera pour elle de grands avantages : plus de retard, plus de complications, plus de marchandages avec le mari, plus de frais de justice. On ne pourra plus lui appliquer ces paroles de Gide : « La loi positive viole les principes et se contredit elle-même, lorsque après avoir

(1) Naquet. — J. Off., Sénat, déb. parl. 1885, 18 juin, p. 712, col. 3.

reconnu à la femme le titre et les droits de propriétaire, elle la dépouille de son crédit, qui est un des avantages légitimes et un des éléments essentiels de sa propriété » (1).

La femme recouvre donc son crédit : en outre elle pourra comme tout propriétaire soucieux de ses intérêts, modifier de façon opportune la composition de son patrimoine. D'autre part l'ancien Droit nous montre qu'il n'y a rien à craindre de l'inexpérience prétendue et de la faiblesse tant exagérée de la femme. Le passé nous est un sûr garant de l'avenir ; félicitons le législateur de l'avoir compris.

III. — ACQUISITIONS

La femme séparée de corps peut non seulement aliéner, mais aussi acquérir sans autorisation, à titre gratuit, comme à titre onéreux. Ici encore les conséquences du principe nouveau ont une réelle importance : comme précédemment, nous comparerons les deux législations, ancienne et nouvelle.

En ce qui concerne les acquisitions à titre onéreux, la femme séparée de biens est capable mais en tant qu'elles constituent un acte d'administration. L'art. 217 lui défend d'acquérir sans autorisation et l'art. 1449 est muet sur ce point ; mais ce droit découle du droit d'administrer. La conséquence est qu'elle peut avec ses capitaux actuels, dans les limites de ses ressources présentes, acquérir au comptant, de telle sorte qu'elle ne contracte par son acquisition aucun engagement pour l'avenir. L'objet acquis

(1) Gide. — p. 460. Etude sur la Condition privée de la femme.

peut être meuble ou immeuble ; nous ne visons évidemment pas en ce moment les meubles meublants, à l'usage de la personne ; ce sont des actes d'administration pour lesquels la femme peut contracter une obligation personnelle ; il s'agit surtout des meubles dont l'acquisition ne constitue pas en soi un acte d'administration, tel que l'achat de valeurs mobilières. Ceci dit, du moment où la femme a dans les mains un capital, qu'elle veut employer, du moment où l'acquisition est faite au comptant et non à crédit, l'acquisition est valable parce qu'alors le placement du capital est le principal, le but même ; et l'acquisition, n'est que l'accessoire et le moyen. Il en serait ainsi d'après la Jurisprudence, même si l'objet acquis était une rente viagère, car c'est là un placement aléatoire, il est vrai, mais un placement. Telle est la théorie généralement adoptée à laquelle cependant la Cour de Cassation paraît vouloir apporter des restrictions dans un sens moins favorable à la liberté de la femme (1).

Les acquisitions à titre gratuit par la femme séparée de biens non autorisée sont nulles. Elle est incapable de recevoir sans autorisation à titre gratuit par voie de succession ou de donation entre vifs ou testamentaire (art. 776 et 934). On peut donc dire sans exagérer que la capacité d'acquérir à titre gratuit comme à titre onéreux, est pour la femme séparée de biens, très limitée.

La femme séparée de corps au contraire peut faire désormais toutes sortes d'acquisitions sans aucune autorisation. Point n'est besoin qu'elle dis-

(1) Cass. Sirey 86, 1, 97.

pose des capitaux au moment de l'acte; elle peut acquérir à crédit meubles et immeubles de toute nature. Elle a tout pouvoir pour accepter ou répudier une succession. Pour les donations, le mari n'a pas à intervenir, il n'a plus le droit d'opposer son veto à une libéralité d'un caractère peu recommandable. Ceci n'est pas douteux. Dans les travaux préparatoires, cette conséquence a été examinée et les adversaires du projet en ont tiré argument contre l'innovation proposée : cette objection, à laquelle la pratique des dons manuels enlève une grande partie de sa valeur, n'a pas empêché la loi nouvelle d'être adoptée. Peut-être eût-il été bon de ne pas anéantir totalement sur ce point l'autorité maritale : mais à part cette réserve, il faut reconnaître qu'une amélioration notable a été apportée à la situation de la femme séparée de corps, et qu'en ce faisant, le législateur a accompli une œuvre de justice et de liberté, qui mérite d'être approuvée.

APPENDICE

Tels sont les développements que comporte la matière des actes extrajudiciaires accomplis par la femme séparée de corps. La loi nouvelle en ce qui concerne ces actes a fait naître deux questions qu'il nous reste à examiner avant de passer aux actions en justice exercées par la femme. Nous allons rechercher quel est le point de départ de la prescription de l'action en nullité accordée à la femme séparée de corps pour les actes non autorisés antérieurs à la séparation. — Puis dans un autre ordre d'idées, nous demander si le régime dotal survit à la séparation.

I. — Quel est le point de départ de la prescription de l'art. 1304, en cas de séparation de corps ?

On sait que l'action en nullité des actes juridiques (conventions) accomplis par la femme mariée non autorisée, se prescrit par 10 ans, mais que ce temps en principe court seulement du jour de la dissolution du mariage. L'intention du législateur a été que cette prescription basée sur une confirmation tacite, ne puisse commencer à courir que le jour où celui auquel appartient l'action, a toute liberté de l'intenter, où l'incapable devient capable de confirmer l'acte annulable. Il en est ainsi pour la femme mariée qui ne recouvre son indépendance et sa liberté que le jour de la dissolution du mariage : et cette proposition était parfaitement exacte sous l'ancienne législation qui maintenait la femme séparée de corps sous la tutelle du mari ; mais aujourd'hui, il en est autrement ; la femme recouvre son entière capacité, sa liberté complète. Etant donné le but du législateur dans l'art. 1304, n'y a-t-il pas lieu de croire que la prescription des actes annulables antérieurs à la séparation, commence à courir dans notre hypothèse du jour où la femme devient capable, c'est-à-dire du jour de la séparation de corps, et non plus du jour de la dissolution du mariage ? : telle est la question.

Les travaux préparatoires ne font pas allusion à ce point de détail, et l'interprétation juridique des textes doit seule nous guider. Tout d'abord, il est certain que la raison d'être de l'ancienne disposition

est supprimée. Parlant de la femme séparée de corps, M. Cabouat estime qu'il serait « logique de tenir compte de son état de pleine capacité pour la mettre immédiatement en demeure d'agir. Dès qu'elle dispose des moyens d'action et que par surcroît, elle est moralement libre d'en user, il n'existe plus aucune raison de suspendre le cours d'une prescription dont le point de départ coïncide, en règle, avec la disparition de l'obstacle à l'exercice de l'action. » (1). En un mot la femme séparée n'est plus incapable ; il n'y a plus pour elle impossibilité morale d'exercer l'action en nullité, car l'exercice de l'action n'est plus de nature à troubler la paix du ménage à laquelle les époux tiennent avant tout.

On l'a soutenu cependant, et on a cherché dans la réconciliation possible, une base au maintien de l'ancienne disposition. M. Surville écrit : « En effet, si la femme en agissant auparavant (avant la dissolution du mariage) avouait qu'elle a passé des actes, au mépris de l'autorité maritale à une époque où elle y était soumise, cet aveu pourrait rendre la réconciliation entre époux plus problématique » (2). Cette considération ne nous semble pas juste ; parce que la suspension de la prescription n'influe en aucune façon sur l'exercice de l'action en nullité ; celle-ci « ne se produira guère plus fréquemment, que la prescription coure ou ne coure pas » (3). En effet c'est la poursuite du tiers et non l'exception proposée par la femme qui révèle au mari l'acte

(1) Cabouat. Explication de la loi... p. 58.

(2) Surville. — Revue critique, 1893 p. 232.

(3) Thiénot. — Revue critique, 1893 p. 386 et 387.

passé sans son autorisation, et si le tiers a intérêt à poursuivre, il le fera de suite, sans attendre l'expiration plus ou moins éloignée de la prescription. Si au contraire c'est la femme qui a intérêt à invoquer la nullité, elle agira immédiatement, n'ayant pas crainte après la séparation de déplaire au mari. En un mot c'est l'intérêt des parties et non l'approche plus ou moins éloignée de la prescription qui provoque les poursuites. Et s'il en est ainsi, suspendre la prescription jusqu'à la dissolution du mariage paraît illogique ; le point de départ de celle-ci, doit coïncider avec la disparition de l'obstacle à l'exercice de l'action.

Telle est la solution que le législateur aurait dû adopter, parce qu'elle est celle qui cadre le mieux avec les motifs de l'art. 1304. Mais dans le silence de la loi, nous sommes obligés de reconnaître qu'il en est autrement. Le texte de l'art. 1304 qui n'est pas abrogé expressément, ne l'est pas non plus tacitement. Cette disposition est illogique, mais elle a force de loi.

Après comme avant la loi du 6 février 1893, la prescription de l'action en nullité a pour point de départ, même pour la femme séparée de corps, le jour de la dissolution du mariage.

II. — Le régime dotal survit-il à la séparation de corps ?

Nous ne parlerons que du régime dotal parce que ce régime est le seul qui puisse faire naître la question de savoir si la capacité de la femme séparée est limitée par les conventions matrimoniales.

Sous les autres régimes en effet, la capacité de la femme mariée n'est restreinte que par suite de la puissance maritale; l'obstacle disparaissant, l'incapacité disparaît avec lui; mais sous le régime dotal, l'incapacité d'aliéner les biens dotaux, a une toute autre base; ainsi se pose la question de savoir si elle survit à la séparation de corps?

Cette fois les travaux préparatoires ne sont pas muets; mais ils compliquent plus qu'ils n'éclaircissent la discussion sur ce sujet; on y rencontre le pour et le contre, l'affirmative et la négative. Essayons cependant d'y chercher la pensée du législateur. L'amendement Naquet faisait « rentrer la femme dans le plein exercice de sa capacité civile, à l'égard de ses biens, nonobstant toutes clauses restrictives du contrat du mariage » (1). C'était l'abolition non équivoque de l'incapacité dotale. L'amendement Paris, était muet sur ce point spécial, et M. Naquet en s'y ralliant fit cette déclaration : « On m'a fait remarquer que cette phrase était absolument inutile et que l'amendement de M. Paris, répondait à la pensée qui l'avait dictée. Je me suis alors rallié à cet amendement. » Et au Président lui demandant : « Alors le régime dotal stipulé disparaît ? » M. Naquet répondit : « Oui, M. le Président » (2). L'affirmation ne fut pas relevée, même par M. Paris, qui tacitement semblait l'approuver.

Mais un instant après, les adversaires de l'amendement par l'organe de M. Roger-Marvaise (3) font

(1) Amendement Naquet. — J. Off. Sén., déb. parl., 1887, p. 21, col. 1.

(2) Séance du 20 janvier 1887, J. Off., Sénat, déb. parl., p. 31, col. 1.

(3) Roger-Marvaise. — Séance du 20 janv. 1887, J. Off., Sénat, déb. parl. p. 34. col. 2.

valoir les multiples inconvénients qu'il y aurait à supprimer le régime dotal ; à quoi M. Léon Renault répond que la femme qui ne pouvait autrefois aliéner le bien dotal même avec l'autorisation du mari, ne le pourra pas davantage, lorsque la nécessité de cette autorisation sera supprimée : d'ailleurs la puissance maritale, qui n'a pas créé les conventions matrimoniales, qui ne les soutient pas, n'a rien à voir avec elles. Et il conclut : Il ne s'agit pas plus d'anéantir l'autorité des contrats de mariage que d'accorder à la femme, pendant le mariage, la plénitude de sa capacité civile ou de lui conférer des droits politiques » (1). Ces paroles ne laissent plus aucun doute. Le régime dotal, ou plutôt l'inaliénabilité des biens dotaux subsiste après la séparation de corps. C'est d'ailleurs la seule solution qui soit satisfaisante et juridique tout à la fois.

M. Thiénot nous expose dans un excellent article (2), pour le réfuter, le raisonnement qui pouvait faire croire le contraire : le voici en résumé : si la loi rend un bien indisponible ou inaliénable, c'est par suite de l'incapacité du propriétaire ; cette incapacité cessant, le bien redevient aliénable, il en est ainsi au cas de divorce de la femme dotale, il doit en être de même pour la séparation de

(1) Léon Renault. — Séance du 20 janv. 1887, J. Off., Sénat., déb. parl., p. 35, col. 1.

A la même séance, M. Paris, et le 25 janvier M. Lenoel, ont soutenu la même thèse en la basant sur l'indisponibilité du bien dotal. Sans examiner si cette explication est exacte, nous constatons que l'intention de ces orateurs était de ne pas toucher au régime dotal. M. Arnault dans son rapport déclare que « la femme reprend toute sa liberté, même d'aliéner, sauf pour les biens dotaux, qui restent inaliénables. »

(2) Thiénot. — Revue crit., 1893, p. 387.

corps, puisque la femme recouvre sa capacité, l'inaliénabilité n'a plus de raison d'être.

Voilà le système : il repose simplement sur une confusion, et omet de distinguer entre l'incapacité de droit commun qui pèse sur toute femme mariée, d'une part, et l'indisponibilité ou l'incapacité dotale, de l'autre : nous n'avons pas à rechercher ici quel est le fondement de l'inaliénabilité dotale ; mais quel que soit le système adopté, la distinction saute aux yeux.

Dans le premier système, il est manifestement impossible de confondre l'incapacité qui atteint la personne et l'indisponibilité qui grève le bien. La première tient à des causes personnelles à celui qui en est frappé ; la seconde est fondée sur des causes étrangères à la personne du disposant. Dans le deuxième système les deux incapacités ont entr'elles de grandes différences. L'incapacité de droit commun atteint toutes les femmes mariées, quelque soit leur régime matrimonial ; elle est générale et concerne tous les biens ; créée dans l'intérêt de la puissance maritale, l'autorisation du mari suffit pour en annihiler les effets et rendre la femme capable. L'incapacité dotale au contraire n'atteint que la femme mariée sous le régime dotal ou plus exactement, celle qui a inséré dans son contrat de mariage une clause de dotalité ; de plus elle ne concerne que les biens dotaux, et laisse libre les paraphernaux : enfin l'autorisation du mari est impuissante à rendre la femme capable parce que l'inaliénabilité dotale a été stipulée dans l'intérêt de la femme qui a voulu dans son contrat, se mettre en garde contre ses propres entraînements : l'autorisa-

tion du mari relève la femme de l'incapacité dont elle est frappée comme épouse, mais elle ne lève pas l'obstacle résultant de l'inaliénabilité. La femme séparée, quoique capable désormais, ne pourra néanmoins pas faire seule les actes qu'elle n'aurait pu faire avec l'autorisation de son mari.

L'incapacité personnelle contractuelle subsiste après l'autorisation que voudrait donner le mari. La femme séparée peut désormais faire seule les actes qu'elle ne pouvait faire auparavant sans autorisation ; mais ceux qu'elle ne pouvait faire même avec cette autorisation sont et demeurent encore absolument interdits.

D'autre part, on a grand tort de vouloir assimiler le divorce et la séparation à ce point de vue : le divorce anéantit le mariage et avec lui le régime matrimonial dont l'effet est borné à la durée du mariage lui-même, d'où le terme mis par le divorce à l'incapacité dotale ; mais la séparation au contraire laisse subsister le mariage, et place les époux sous le régime de la séparation de biens. Sans doute il est vrai de dire aujourd'hui que la femme séparée de corps est capable ; mais cela n'a et ne doit avoir aucune influence sur l'inaliénabilité de la dot : car c'est la dissolution du mariage et non la capacité de la femme qui supprime en cas de divorce la dotalité et ses conséquences : et cette solution est raisonnable. L'inaliénabilité qui n'a été créée que pour assurer au ménage les ressources continuellement nécessaires, n'a plus de raison d'être, lorsque le mariage a été anéanti par le divorce, tandis qu'au cas de séparation, le mariage survit, quoique relâché, avec ses besoins et les

obligations réciproques, entre époux; la dotalité n'a d'autre but que d'y faire face.

Les travaux préparatoires de la loi nous ont déjà fourni d'utiles renseignements; mais si on les examine dans leur ensemble, ne voit-on pas que le but du législateur a été uniquement de soustraire la femme séparée aux excès, aux abus de la puissance maritale, et non de lui enlever les garanties exceptionnelles qu'elle s'est contractuellement réservées, ce qui serait contraire à ses intérêts et à sa volonté.

Il y aurait en outre un grave inconvénient à supprimer la dotalité au cas de séparation; la fraude serait à craindre. En effet, il serait possible pour des époux qui regretteraient d'avoir mis un frein à leur liberté, d'obtenir frauduleusement un jugement de séparation de corps; puis, le bien dotal une fois aliéné, de se réconcilier et de reprendre la vie commune.

La conclusion à tirer ne peut plus faire de doute: la femme séparée de corps recouvre sa capacité sauf en ce qui concerne les biens dotaux qui restent inaliénables comme par le passé. La femme séparée reste incapable d'aliéner directement ou indirectement le fonds dotal qui demeure insaisissable; seule l'imprescriptibilité disparaît par suite de la séparation de biens qu'entraîne accessoirement la séparation de corps.

Des exceptions nombreuses sont apportées par la loi elle-même à l'inaliénabilité dotale, sous la condition de l'autorisation du mari ou de justice. Que faut-il décider en ce cas? L'autorisation est-elle

nécessaire? Les exceptions dont s'agit sont contenues dans les art. 1555 à 1559 du Code Civil.

L'aliénation du bien dotal est permise :

1^o Pour l'établissement des enfants d'un précédent mariage avec autorisation du mari, et à son refus, de justice (art. 1555), mais en ce cas pour la nue-propriété seulement;

2^o Pour l'établissement des enfants communs, avec la seule autorisation du mari (art. 1556);

3^o Lorsque le contrat de mariage l'autorise, avec l'autorisation du mari ou de justice, en vertu de la puissance maritale (art. 1557);

4^o Dans cinq cas limitativement déterminés pour l'énumération desquels nous renvoyons au texte de la loi; la vente est faite alors par la femme propriétaire; la justice doit l'y autoriser et son rôle se borne à constater si les conditions de la loi sont bien remplies; si le mari ne donne pas son consentement, la femme ne peut aliéner que la nue-propriété (art. 1558);

5^o Enfin l'échange de l'immeuble dotal est permis sous certaines conditions; comme dans le cas précédent, l'autorisation de justice est nécessaire.

Quelle règle appliquer dans chacun de ces cas? Les autorisations du mari ou de justice dont nous venons de parler sont-elles encore nécessaires?

Nous mettrons immédiatement de côté le cas où l'aliénation est permise par contrat de mariage. La nécessité de l'autorisation n'existe ici qu'en vertu du principe ordinaire de l'art. 217. La femme séparée de corps doit en être affranchie.

Pour les autres cas, la question est plus délicate. Les discussions au Sénat n'ont pas porté sur ce

point spécial. Seul le rapport de M. Arnault y fait partiellement allusion en ces termes : « La femme reprend toute sa liberté, même d'aliénation, sauf pour les biens dotaux qui restent inaliénables conformément à l'art. 1561 (plus exactement 1554) du Code civil, avec les exceptions prévues en l'art. 1558 où l'autorisation de justice demeure nécessaire » (1). En ce qui concerne les art. 1558-1559, telle est bien en effet, croyons-nous, la solution qu'appellent les principes juridiques. La justice est appelée à donner ici une homologation plutôt qu'une autorisation. Son rôle n'est pas de protéger la femme, mais uniquement de voir si l'aliénation projetée rentre dans l'une des catégories énumérées par la loi, dût la femme être totalement ruinée par cette aliénation. Dans ces conditions, l'autorisation de justice a toute son utilité, avant comme après la séparation de corps. Elle devait donc être maintenue.

En est-il de même pour les art. 1555 et 1556 ? C'est ici que les difficultés apparaissent. Dans les cas prévus par ces articles, en effet, l'autorisation du mari est principale ; la justice n'intervient dans le premier cas qu'au refus du mari, et dans le second, elle ne peut même pas suppléer à ce refus. L'autorisation du mari sera-t-elle encore nécessaire ou indispensable, lorsque la femme séparée voudra aliéner un bien dotal pour l'établissement de ses enfants ? On pourrait croire que non : M. Arnault ne mentionne dans son rapport que l'exception de l'art. 1558, c'est donc que pour les autres, le Code civil est modifié : le silence du rapporteur démontre

(1) Arnault. — Rapport, J. Off., Chambre, doc. parl., 1887, p. 440, col. 3.

bien que dans sa pensée, l'autorisation est inutile dans les cas autres que ceux de l'art. 1558. Telle est bien d'ailleurs l'opinion de M. Arnault : sans doute son rapport n'offre sur la question d'autre argument que son silence ; mais dans l'Examen de la loi du 6 février 1893 publié sous sa signature dans les Mémoires de l'Académie de Législation de Toulouse, il détaille les conséquences du nouveau principe et nous devons noter tout particulièrement les suivantes :

« 1^o La femme dotale séparée de corps pourra aliéner ou hypothéquer les immeubles constitués en dot pour l'établissement des enfants communs : et ce, en pleine propriété. (Art. 1556).

2^o Elle pourra les donner pour l'établissement des enfants qu'elle aurait d'un mariage antérieur, mais en nue-propriété seulement (art. 1555), car la réconciliation pourrait les faire rentrer sous la jouissance du mari.

3^o Elle pourra les aliéner avec autorisation de justice dans les cas prévus aux articles 1558 et 1559 » (1).

La pensée de M. Arnault paraît-être celle-ci. « La femme séparée, dit-il quelques lignes plus haut, reste mariée et quoique capable désormais, elle ne pourra néanmoins pas faire seule les actes qu'elle n'avait pu faire avec l'autorisation de son mari. » Mais, faut-il ajouter pour compléter la pensée du rapporteur, elle pourra faire seule les actes qu'elle pouvait faire avec l'autorisation du mari. Le principe ainsi complété paraît bien être

(1) Arnault. — Examen de la loi du 6 fév. 1893 (Extrait des Mémoires de l'Académie de législation de Toulouse,) p. 49.

celui qui a guidé M. Arnault et il expliqué parfaitement les conclusions auxquelles il arrive. Dans les art. 1558 et 1559, l'autorisation maritale était impuissante à habilitier la femme ; la situation n'est pas changée ; mais dans les art. 1555 et 1556 l'autorisation maritale était suffisante ; la loi nouvelle la supprime ; donc la femme est capable. On peut encore ajouter que le maintien de la puissance maritale, pour l'aliénation des biens dotaux aliénables par exception, comme pour celle des biens non dotaux engendre les mêmes abus, les mêmes lenteurs, les mêmes vexations, les mêmes inconvénients en un mot. La femme séparée doit donc à ce point de vue recouvrer son entière capacité, d'après M. Arnault.

Nous croyons cependant ne pas devoir adopter l'opinion de l'honorable rapporteur et la solution contraire nous paraît plus juridique. Du moment où on a voulu ne pas toucher au régime dotal, à ses caractères principaux, aux garanties qu'il confère, il faut le garder en bloc, principe et exceptions. Celles-ci font partie du régime dotal stipulé ; elles doivent suivre le même sort.

« Si la qualité de femme dotale, dit M. Cabouat, est déclarée indélébile pour la femme séparée de corps, n'est-il pas naturel d'admettre qu'elle demeure soumise à la dotalité avec tous les effets que comporte cette situation exceptionnelle, tels qu'ils sont fixés par des textes qui n'ont été l'objet d'aucune abrogation expresse ou tacite » (1).

Les principes juridiques imposent d'ailleurs

(1) Cabouat. — Explication de la loi..., p. 68.

cette solution. Quand le mari autorise l'aliénation d'un bien dotal, la nature de cette autorisation est tout autre qu'en cas de vente d'un bien non dotal. Elle présente un double caractère : tout d'abord, elle sert à habiliter la femme incapable en tant que femme mariée ; mais elle est aussi et c'est peut-être là son caractère essentiel un consentement donné par le mari : il ne faut pas oublier en effet que l'inaliénabilité dérive du contrat de mariage et que le mari a été partie au contrat : il a droit comme tout contractant au maintien de la convention, et quand il s'agit d'y porter atteinte par l'aliénation d'un bien dotal, le consentement des co-stipulants, du mari par conséquent, est nécessaire ; la loi nouvelle a bien pu supprimer la nécessité de l'autorisation en tant qu'autorisation maritale dérivant de l'article 217, que la loi impose aux époux, mais non en tant que consentement que le mari s'était par contrat de mariage réservé le droit de donner ou de refuser.

Notre conclusion est donc que l'autorisation reste nécessaire dans les cas des art. 1555 et 1556. Sans doute les inconvénients déjà signalés de l'autorisation maritale après la séparation vont apparaître encore et le législateur aurait dû s'occuper de cette situation. Il ne faut toutefois rien exagérer : ce résultat n'est-il pas dû à une clause insérée par les époux dans leur contrat ; la femme ne peut s'en prendre qu'à elle-même de ce résultat : d'ailleurs dans le cas où il s'agit de l'établissement des enfants communs, il faut espérer que le père fera passer l'amour paternel, avant les rancunes conjugales.

On sait que le mari a pendant le mariage l'usufruit des biens dotaux. Dans les cas exceptionnels où l'aliénation de ces biens est permise et où l'autorisation de justice est suffisante pour cela (art. 1555 et 1558), le mari qui refuse son consentement à l'aliénation, ne peut être privé de son droit d'usufruit. La question se pose maintenant de savoir si la femme séparée de corps, dans les cas où l'aliénation des biens dotaux est permise, peut disposer de la pleine propriété, ou si au contraire, elle doit laisser l'usufruit au mari ?

Nous pensons que la femme peut aliéner la pleine propriété. Elle le pourra dans le cas de l'art. 1558 avec la seule autorisation de justice. Dans le cas de l'art. 1556, la question ne se pose pas pour nous qui avons admis la nécessité d'une autorisation du mari, même après la séparation. Dans l'opinion de M. Arnault qui supprime toute autorisation, l'aliénation de l'usufruit est possible. En ce qui concerne l'art. 1555, nous avons maintenu l'autorisation du mari et à son défaut celle de justice ; la femme séparée pourra avec cette dernière, disposer de la pleine propriété. M. Arnault, qui supprime toute autorisation dans ce cas, aurait dû par analogie avec la solution qu'il adopte pour l'art. 1556, admettre l'aliénation de la totalité de l'immeuble ; il en est autrement, la femme séparée, dit-il, « pourra donner les biens dotaux pour l'établissement des enfants qu'elle aurait d'un mariage antérieur, mais en nue-propriété seulement ; car la réconciliation pourrait les faire rentrer sous la jouissance du mari » (1).

(1) Arnault. Examen de la loi du 6 février 1893 (Extrait des Mémoires de l'Académie de législation de Toulouse), p. 49.

Nous repoussons cette solution et le motif qui lui sert de base se trouve réfuté par les raisons suivantes qui militent en faveur du système que nous adoptons et d'après lequel, la femme séparée de corps peut en aliénant les biens dotaux, dans les cas où cette aliénation est permise, disposer de l'usufruit. En effet par la séparation, le régime dotal, sauf l'inaliénabilité, a disparu ; l'usufruit du mari n'existe plus. La réconciliation des époux est possible, mais peu probable ; si elle a lieu, il est fort possible qu'elle ne rétablisse pas le régime primitif. Pour un intérêt éventuel et éloigné du mari, on ne peut réduire la femme à aliéner la nue-propriété seulement, à ne faire que des aliénations provisoires et incertaines de la jouissance. Enfin, si la réconciliation se produit, si le régime primitif est rétabli, ce n'est que sauf les droits acquis aux tiers. La femme n'est donc pas tenue de réserver au mari la jouissance des biens dotaux et peut disposer de la pleine propriété, sans le consentement du mari, dans les cas exceptionnels où cette aliénation est permise.

B. — ACTES JUDICIAIRES

Du principe de pleine capacité découle encore cette conséquence que la femme séparée de corps peut désormais ester en justice sans aucune autorisation. Du moment où elle peut s'obliger, aliéner, acquérir librement, il est logique de lui reconnaître le droit de plaider en toute liberté. L'art. 215 du C. C. est donc modifié en tant qu'il s'appliquait à la

femme séparée de corps ; et il n'y a plus à rechercher si le procès dans lequel est impliqué la femme, a un objet criminel ou civil.

Cette réforme a des conséquences plus spéciales, qu'il importe de mettre en lumière, notamment en matière d'exécution forcée et de procédure d'ordre.

Sous l'empire du Code de Procédure civile, la femme séparée de biens peut sans aucune assistance ni autorisation, former et suivre toutes les saisies mobilières, car elles sont des actes extrajudiciaires, et rentrent dans les limites des pouvoirs d'administration que confère l'art. 1449 : mais si une action en justice est nécessaire à l'occasion de cette saisie, la femme devra être autorisée ; il s'agit alors d'un acte judiciaire. — Quant à la saisie immobilière, la femme séparée ne peut y procéder sans autorisation, parce qu'elle s'oblige ainsi à rester, le cas échéant, adjudicataire pour la mise à prix, or elle ne peut s'obliger seule que dans les limites et pour les besoins d'une sage administration, et l'art. 556 du C. de Pr. C. implique que la saisie immobilière dépasse les pouvoirs d'un administrateur (1).

La loi nouvelle autorise donc la femme séparée de corps à plaider sur les incidents de la saisie mobilière, puisque les actes judiciaires lui sont permis désormais, et à poursuivre la saisie immobilière parce qu'elle peut s'obliger en dehors des limites de l'administration.

En ce qui concerne la production à un ordre ouvert, la femme créancière même séparée de biens, ne peut, sous l'empire du Code de Procédure,

(1) Voir Garsonnet. — Traité de Procédure, III, § 537 et 539, et Traité des voies d'exécution, n° 12.

produire sans autorisation : en effet la production à l'ordre a tous les caractères et emporte tous les effets de la demande en justice, notamment l'interruption de prescription et le cours des intérêts moratoires (C. C., art. 1153 et 2244) : en conséquence elle ne peut être faite que par un créancier capable de poursuivre le remboursement d'un capital mobilier ; c'est ce que la femme mariée, même séparée de biens, ne peut faire sans autorisation, puisque l'art. 215 lui interdit d'estimer en jugement (1).

Le motif qui sert de base à cette solution, fait donc aujourd'hui défaut pour la femme séparée de corps, qui pouvant en vertu de la loi nouvelle ester en jugement sans autorisation, peut de même, produire à un ordre. C'est la conséquence logique du principe nouveau énoncé par le législateur.

Avant de terminer, nous croyons pouvoir signaler encore un effet de la loi nouvelle, qui, s'il n'exerce point son action directe sur la capacité de la femme, se fait néanmoins sentir sur les procès par elle engagés ; nous voulons parler de la Communication au Ministère public. L'art. 83, 6° du Code de Procédure, déclare communicables au Ministère public, les causes des femmes non autorisées par leur mari. Cette nécessité est fondée sur un double motif, la protection de la femme et la crainte des fraudes possibles. Or la législation ne protège plus aujourd'hui la femme séparée de corps et celle-ci n'est plus tentée d'accomplir en fraude des actes que la loi l'autorise à faire librement. La Communication au Ministère public qui

(1) Garsonnet. — Traité des voies d'exécution, n° 377, p. 325.

remplaçait la surveillance et le contrôle du mari n'a plus à suppléer à l'absence d'une garantie jugée inutile. D'où nous concluons que la nécessité de la communication a disparu dans la mesure où a disparu la nécessité de l'autorisation maritale (1).

§ II. — DROITS RELATIFS À LA PERSONNE.

Nous plaçons dans cette rubrique, l'ensemble des droits dont l'exercice a pour effet, soit d'engager la personne, soit d'en modifier le statut, ou même de la diriger au point de vue moral. Or la femme séparée de corps, capable désormais, dispose de sa personne, de son état, de son statut, de sa profession, comme elle dispose de ses biens. La démonstration de ce principe n'est plus à faire. Nous n'avons en ce moment qu'à en examiner les conséquences. La femme séparée peut-elle sans autorisation faire le commerce, créer une industrie, passer un contrat de louage de services, de société, publier des œuvres littéraires et artistiques, contracter un engagement théâtral, modifier son état, sa nationalité, faire choix d'un domicile, recevoir et disposer à titre gratuit ? Autant de questions qui se posent et que nous aurons à résoudre. Quant aux deux dernières, l'une fait l'objet d'une disposition de la loi nouvelle et nous lui consacrons un chapitre spécial ; l'autre a déjà été l'objet de notre étude.

(1) Voir sur cet effet spécial de la nouvelle loi, un excellent article de M. Bouvier, dans la Revue Critique 1894.

Mais nous tenons à le répéter encore : d'une façon générale, la femme séparée a recouvré sa capacité civile ; la loi ne fait aucune distinction, le principe nouveau est donc applicable, même aux actes qui sont de nature à rejaillir sur la personnalité de la femme, sur son état, ou sur sa considération, son honorabilité, sa dignité.

Nos explications porteront sur les trois points suivants : Droit de faire le commerce. — Droit de modifier sa nationalité. — Du louage de services et de quelques autres contrats relatifs à la personne.

I. — DROIT DE FAIRE LE COMMERCE.

La femme séparée de corps peut-elle faire le commerce sans autorisation du mari ou de justice ?

L'art. 4 du Code de commerce fait naître un doute. Il déclare en effet : « La femme ne peut être marchande publique sans le consentement de son mari. » D'après certains auteurs, le mari a seul, à l'exclusion de la justice le droit d'autoriser sa femme. Ils se fondent sur ce que le mari peut seul se rendre compte de l'aptitude commerciale de la femme ; d'autre part l'exercice du commerce met la femme en rapports constants avec le public et le mari doit être seul juge des motifs qui sont de nature à interdire à la femme de transformer ainsi son genre de vie. D'autres auteurs, et avec eux la jurisprudence, se basant sur ce que le refus du mari peut être arbitraire et injuste, admettent le recours devant les tribunaux. En pratique, la question ne s'est guère présentée que pour

les femmes séparées. Cette situation est-elle modifiée par la loi nouvelle ? En l'absence de texte précis, nous croyons cependant que de multiples considérations permettent de déclarer la femme séparée pleinement capable de faire le commerce.

Cette innovation reste bien dans l'esprit général de la réforme. Les abus de l'autorisation maritale à réprimer, la tranquillité de la femme à assurer, se retrouvent quand il s'agit de solliciter l'autorisation de faire le commerce comme pour tout autre acte juridique. — Objectera-t-on que la femme va se trouver en rapport avec le public : que cela peut exercer une influence fâcheuse sur sa considération, que par suite il serait bon de laisser le mari ou la justice exercer leur contrôle ? La réponse est très simple. Dans la plupart des cas, la femme gagnera sa vie d'une façon très honorable et pour le cas où sa conduite donnerait lieu à critique, le mari en souffrira peut-être ; mais c'est là un péril problématique et la loi doit être générale ; pour en atténuer l'effet, il lui suffira de faire interdire à la femme de porter le nom de son mari, en vertu de l'art. 3, al. 1 de la loi nouvelle. Il n'aura plus rien de commun avec son ancienne compagne, et le déshonneur s'il existe ne rejaillira pas sur lui. Voilà pour le côté personnel de la question.

Au point de vue pécuniaire, doit-on craindre la faillite, et le mari pourrait-il souffrir de cette situation ? La loi nouvelle admet en principe que désormais la femme a les mêmes aptitudes, la même capacité que l'homme ; son sexe n'entraîne plus avec lui une présomption de faiblesse et d'inexpé-

rience des affaires ; la faillite n'est pas plus à craindre pour la femme que pour l'homme. Et si cette éventualité se produit, le mari n'aura pas à en souffrir ; son nom ne sera pas compromis dans la faillite, s'il a pris des mesures en conséquence.

Enfin les travaux préparatoires fournissent un nouvel appui à cette solution. — Le 25 janvier 1887, M. Denormandie combattant l'amendement Bardoux, proposa cependant de puiser dans cet amendement ce qui lui paraissait acceptable et de l'ajouter au projet de la Commission. « On proposerait au Sénat, disait-il, quand il aura statué sur l'amendement qui lui est soumis, d'accorder à la femme séparée, la faculté de faire le commerce et d'ester en justice pour les besoins courants de son commerce, comme aussi pour les nécessités de son administration et ce, sans avoir besoin de recourir ni à son mari ni au tribunal » (1). C'est donc que l'amendement Bardoux contenait déjà le droit pour la femme de faire le commerce, sans autorisation. Le système adopté plus large, plus extensif que celui de M. Bardoux, doit comprendre lui aussi, ce même droit pour la femme.

De tout ce qui précède, il résulte clairement que la capacité de la femme séparée de corps s'étend même au droit de faire le commerce.

II. — DROIT DE MODIFIER SA NATIONALITÉ.

La femme séparée de corps peut-elle désormais, sans autorisation, se faire naturaliser à l'étranger

(1) Denormandie, J. O., Sénat, Déb. parl. 1887, 25 Janv. p. 50, col. 1.

et modifier ainsi l'un des éléments de sa personnalité?

La question s'est présentée il y a quelques années et a vivement passionné les esprits tant à cause de la personnalité des intéressés, que par suite de l'importance de la solution à intervenir. Deux systèmes se sont alors fait jour parmi les auteurs. Les uns maintenaient la nécessité de l'autorisation, les autres la déclaraient inutile. La jurisprudence adopta le premier système. Aujourd'hui la question se pose de savoir, si la loi nouvelle n'a pas aboli la nécessité de l'autorisation exigée par les tribunaux. Pour la résoudre, le point essentiel, à notre avis est de rechercher si les raisons qui ont alors déterminé la jurisprudence, n'ont rien perdu de leur valeur.

On pourra dire sans doute que le mariage subsiste après la séparation et qu'il est contraire au maintien du lien conjugal de supprimer l'autorisation pour un acte aussi grave : que les rédacteurs de la loi ont entendu se référer à la jurisprudence actuelle et consacrer les solutions par elle adoptées ; qu'avec le système combattu, le mari craignant une telle éventualité, demandera le divorce, ce qui est contraire au but poursuivi par le législateur.

Toutes ces raisons sont sans valeur. Le vrai terrain de discussion est celui-ci : Sur quoi reposait avant 1893 la nécessité de l'autorisation ? La raison d'être de cette autorisation existe-t-elle encore après la séparation de corps, telle qu'elle a été modifiée par la loi du 6 février 1893 ?

En ce qui concerne le premier point, les auteurs

qui niaient la nécessité de l'autorisation, disaient : le droit pour la femme d'avoir un domicile légal à l'étranger, implique celui de changer de nationalité par ce moyen. A cette doctrine, nous répondons avec le tribunal de la Seine que « si le devoir de cohabitation ayant cessé, la femme peut se choisir elle-même un domicile séparé, elle ne saurait exercer ce droit que tout autant qu'il ne porterait aucune atteinte à sa nationalité... » (1) et la Cour de Paris ajoute : « Considérant que si la femme séparée est affranchie des devoirs de cohabitation, et si de cette liberté relative, on est autorisé à conclure, réserves faites du droit de la justice d'apprécier les motifs et les circonstances, qu'elle a la faculté de choisir un domicile, là où il lui plaît, même en pays étranger, il n'en résulte pas qu'elle puisse de même à son gré, sans l'autorisation du mari, changer sa nationalité » (2).

La jurisprudence déclare donc que le domicile et la nationalité sont choses entièrement indépendantes et correspondent à des ordres d'idées très distincts, que par suite dans le système adverse on a grand tort de conclure de la liberté du domicile à la liberté de la naturalisation. La femme séparée de corps recouvre le droit d'avoir une habitation distincte de celle de son mari : mais de même qu'elle ne saurait aliéner sans autorisation les biens qui constituent son patrimoine, de même aussi, et à plus forte raison elle ne peut accomplir, sans être assistée de son mari, un acte aussi grave qu'un changement de nationalité. « Il nous est impossible de croire,

(1) Tribunal de la Seine. — 10 Mars 1876.

(2) Cour de Paris. — 17 juillet 1876, S. 76, 2, 249.

dit M. Labbé, que l'autorisation du mari ne soit nécessaire que pour les actes concernant la fortune, que l'unité de vues dans la société conjugale n'ait été réalisée que dans l'ordre des intérêts pécuniaires » (1). La femme est donc dans l'impossibilité de changer de nationalité parce qu'elle est incapable : l'incapacité de la femme mariée, incapacité qui survit à la séparation de corps est donc le principe sur lequel reposait la jurisprudence, et qui servait de base à ce système.

Mais si telle est la raison d'être de la nécessité de l'autorisation, si l'interdiction de prendre une nationalité étrangère n'est que la sanction pratique de l'incapacité de la femme mariée, par une conséquence logique, cette interdiction doit disparaître avec l'incapacité qui lui servait de base. Dans l'affaire *Beauffremont-Bibesco*, les tribunaux avaient à combiner les deux idées de : liberté de domicile et de maintien de l'incapacité. Aujourd'hui, liberté de domicile et capacité de la femme séparée s'unissent pour repousser la solution ancienne. De plus, l'intention du législateur n'est-elle pas de faire produire à la séparation les effets du divorce compatibles avec le maintien du lien conjugal ? Le but sera atteint dans le système que nous adoptons.

De cette liberté qu'a la femme de se faire naturaliser, il ne faudrait pas conclure qu'elle pourra valablement au regard de la loi française, obtenir le divorce en pays étranger et contracter ensuite un nouveau mariage. Il est un principe certain, en

(1) Labbé. — *Journal de Dr. Int. privé*, 1877, p. 14.

effet, c'est que le mariage resté régi par la loi qui était celle des époux lors de la célébration ; ils l'ont alors acceptée comme règle de leur union ; aussi longtemps qu'ils ne changent pas de nationalité tous deux et d'un commun accord, cette loi est applicable : et dans l'espèce, si le mari reste Français, le mariage demeure régi par la loi française, notamment en ce qui concerne le mode de dissolution. La femme naturalisée étrangère ne pourra donc pas modifier son statut personnel, de façon tout au moins à en faire rejaillir les effets sur son conjoint resté Français.

Pour nous résumer, nous dirons donc que la femme séparée de corps peut se faire naturaliser à l'étranger sans autorisation, mais que le mariage, notamment quant à ses modes de dissolution, parce que le mari a conservé la qualité de Français, reste régi par la loi française sous l'empire de laquelle il a été célébré (1).

III. — DU LOUAGE DE SERVICES ET DE QUELQUES AUTRES CONTRATS CONCERNANT LA PERSONNE.

Nous avons à examiner toute une série de contrats présentant ce caractère particulier, qu'ils engagent la personne elle-même plutôt que ses biens ou tout au moins peuvent selon les circonstances, exercer une influence fâcheuse sur l'honorabilité ou la dignité de la femme. Rentrant dans cette catégo-

(1) Telle est la solution adoptée par MM. Surville (Rev. Crit., 1893, p. 228) et Cabouat, Explication de la loi du 6 février 1893, p. 78).

rie : le louage de services sous toutes ses formes et notamment l'engagement théâtral ; la société, qui place la femme en relations suivies avec des tiers. La femme séparée de corps peut-elle sans autorisation se lier par un de ces contrats ?

La difficulté naît de ce que le caractère de gravité présenté par ces contrats, les a fait considérer jusqu'à ce jour comme dépendant, en ce qui concerne l'autorisation, du mari seul, à l'exclusion de toute intervention des tribunaux. M. Ruben de Couder, parlant de l'engagement théâtral déclare que l'autorisation d'un acte qui présente un caractère essentiellement personnel ne saurait être suppléée par celle de justice (1). Et M. Guillouard développe cette pensée dans des termes qui méritent d'être cités : « L'opinion qui nous paraît la plus juridique, dit-il, enseigne que la femme mariée ne peut en principe louer ses services qu'avec l'autorisation du mari, et que la justice ne peut l'autoriser au refus de celui-ci. En effet ce ne sont pas seulement les intérêts pécuniaires de la femme qui sont en jeu dans un pareil contrat, ce sont aussi ses intérêts moraux, son honneur, celui de son mari et de ses enfants : cette idée est vraie pour tout louage de services, elle l'est surtout quand il s'agit d'un engagement théâtral. Or si les tribunaux peuvent apprécier les conséquences d'un contrat pécuniaire aussi bien et quelquefois mieux que le mari lui-même, ils ne peuvent se faire juges du caractère de la femme, de la dignité de sa vie, des soupçons que fera naître telle ou telle situation ; il y a là une appréciation tout

(1) Ruben de Couder. — Dictionnaire de Droit Commercial, v^o Théâtre, n^o 125.

intime qui ne relève que du mari, seul gardien de l'honneur et de la réputation de sa famille » (1).

Mais la séparation de corps, en relâchant le lien du mariage, enlève quelque chose à la force des motifs en raison desquels l'autorisation maritale est indispensable. Nous devons de plus constater dans la jurisprudence une tendance de la part des tribunaux à intervenir de façon subsidiaire : « Considérant, dit la Cour de Paris dans une espèce de ce genre, qu'il est en effet impossible de reconnaître au mari le droit absolu d'empêcher sa femme d'exercer honnêtement une profession qui serait son unique ressource » (2). Bien plus, en cas, d'abandon du mari, la femme peut faire sans aucune autorisation, même de justice, tous contrats tendant à lui procurer des moyens d'existence. « Il faut bien alors, dit M. Guillouard, que la femme subviennne à ses besoins et à ceux de ses enfants, et pourvu qu'elle le fasse honorablement, le mari ne peut s'y opposer... le mari en l'abandonnant lui a donné l'autorisation tacite de subvenir à ses besoins » (3). Du moment où la justice peut intervenir dans ces cas, et si les contrats par lesquels la femme dispose de sa personne, ne sont plus nécessairement soumis à l'autorisation du mari, alors la raison de douter n'existe plus, et l'on peut, pour le louage de services et autres contrats du même genre, déclarer toute autorisation inutile, comme elle l'est devenue pour les autres actes juridiques accomplis par la femme séparée de corps.

(1) Guillouard. — Contrat de Louage, II, n° 702, p. 223.

(2) C. de Paris, 3 janv. 1868, S. 68, 2, 65.

(3) Guillouard. — Contrat de Louage, II, n° 702, p. 223.

D'ailleurs, pour le louage de services, comme pour la profession commerciale de la femme, de quoi pourrait se plaindre le mari après la séparation de corps? Si la femme compromet son caractère, sa dignité dans sa nouvelle profession, si sa conduite fait naître des soupçons, le mari a toujours la ressource de lui interdire le port de son nom de femme mariée et de la forcer à reprendre son nom de jeune fille. L'honneur du mari et de la famille sera protégé dans la mesure possible. On sauvegarde ainsi la réputation du mari et les moyens d'existence de la femme.

Si l'on ajoute à ces considérations, les arguments généraux que nous avons déjà fait valoir en faveur de l'assimilation des biens et de la personne en ce qui concerne la capacité de la femme séparée, la conclusion à tirer est que la femme séparée de corps peut librement louer ses services et passer tous contrats présentant même un caractère personnel plutôt que pécuniaire.

§ III. — RAPPORTS JURIDIQUES ENTRE ÉPOUX SÉPARÉS DE CORPS.

Nous venons de voir quels droits confère à la femme séparée, le principe nouveau de la capacité, dans ses rapports pécuniaires et personnels avec les tiers. Nous devons examiner maintenant quelle influence exerce la loi nouvelle sur les rapports des époux entr'eux, sur les droits et les devoirs de la femme à l'égard de son mari.

Les obligations réciproques entr'époux constituent la première catégorie de ces rapports et présentent un caractère à la fois moral et juridique, ont trait aux relations personnelles plutôt que pécuniaires des époux. L'art. 212 les énumère : « Les époux se doivent mutuellement fidélité, secours et assistance ». Ces devoirs constituent une sanction de l'union des personnes ; or comme cette union n'est pas rompue par la séparation de corps, nous pouvons poser en principe que ces obligations subsistent.

Après comme avant la loi du 6 février 1893, le devoir de fidélité s'impose aux époux : mais il ne conserve sa sanction pénale qu'à l'égard de la femme ; il la perd à l'égard du mari parce qu'il devient impossible pour ce dernier d'entretenir sa concubine dans la maison conjugale. Le mari peut donc encore réprimer l'adultère de la femme. Il faut, avec la jurisprudence, lui reconnaître aussi le droit de surveiller la correspondance de sa femme avec les tiers, en tant qu'elle pourrait servir à prouver le délit d'adultère : mais on ne peut aller plus loin ; et l'indépendance morale que la femme séparée doit certainement recouvrer, empêche que le mari intercepte la correspondance de sa femme dans le seul but de connaître le caractère de ses relations avec les tiers.

Dans le même ordre d'idées, et pour assurer la sanction du devoir de fidélité, le mari pourra encore demander aux tribunaux, non pas d'assigner un domicile à la femme séparée, puisque le nouvel art. 108 lui en laisse le choix, mais de lui faire défense de conserver celui qu'elle a choisi, si celui-ci

lui permet de méconnaître son devoir de fidélité sans crainte d'être inquiétée (D. P. 1864. 3. 46 — 1864. 2. 174).

Les obligations de secours et d'assistance survivent-elles à la séparation de corps ?

Avant la loi de 1893, on décidait que le devoir d'assistance, qui consiste dans des soins personnels, prenait fin, et que le devoir de secours se réalisait pratiquement en une pension alimentaire au profit de l'époux besogneux.

Nous croyons qu'il en est encore de même aujourd'hui : et que telle est bien l'idée renfermée dans ces lignes du rapport de M. Arnault : « Les époux sont mutuellement affranchis des devoirs personnels de secours et d'assistance » (1). M. Sarrand dans son Commentaire (2) paraît croire que le rapporteur supprime la pension alimentaire entre époux séparés. Il y a là, pensons-nous une méprise de sa part. M. Arnault déclare les époux affranchis des devoirs de secours et assistance, dans ce que ces devoirs ont de personnel ; mais il ne leur enlève nullement le caractère pécuniaire qu'ils revêtent après la séparation. MM. Paris (3) et Falcimaigne (4) au Sénat expriment la même idée. Et M. Demôle ajoute : « Subsistent, après la séparation de corps, le droit alimentaire de chacun des époux l'un contre l'autre (5) ».

(1) Arnault. — Rapport, J. Off., Chambre, doc. parl., 1887, p. 440, col. 2.

(2) Sarrand. — Commentaire de la loi..., p. 131.

(3) Paris. — J. Off., Sénat, déb. parl., 1887, 18 janvier, p. 22, col. 3.

(4) Falcimaigne. — J. Off., Sénat déb. parl., 1893, 16 janv., p. 24, col. 3.

(5) Demôle. — Rapport, J. Off., Sén., doc. parl., p. 504, col. 2.

Cette solution est logique. Le devoir de secours n'implique aucune idée de subordination, de dépendance, d'infériorité ; sa suppression ne rentre donc pas dans l'esprit de la réforme. De plus l'obligation alimentaire survit au divorce, dans l'hypothèse de l'art. 301 ; il faut par suite la maintenir en cas de séparation. Enfin telle est bien la pensée de tous les rédacteurs de la loi ; les adversaires du système nouveau déclaraient que la réforme allait priver le mari des garanties qu'il avait pour le paiement de la pension alimentaire ; et les partisans répondaient que la femme avait les mêmes droits, sans jouir des mêmes garanties, que l'égalité était donc parfaite : dans l'esprit des rédacteurs, on le voit, la dette alimentaire, le devoir de secours subsistait.

Les époux continuent donc comme par le passé, de se devoir des aliments ; le *quantum* en est fixé par jugement, sans distinguer, si l'époux indigent a ou non triomphé dans l'instance en séparation. La conversion de la séparation en divorce entraîne les mêmes effets qu'autrefois. La pension allouée en vertu de l'art. 212 tombe d'elle-même ; une nouvelle pension pourra être accordée, mais en vertu de l'art. 301, c'est-à-dire qu'elle ne pourra dépasser le tiers des revenus de l'époux débiteur, et ne sera accordée qu'à l'époux au profit duquel la séparation a été prononcée, et convertie en divorce.

Nous ajouterons que l'art. 506 qui défère au mari la tutelle légale de sa femme interdite, cesse d'être applicable en cas de séparation de corps, conformément à une jurisprudence ancienne basée sur ce que cette forme spéciale d'assistance est intimement liée à la vie en commun.

Notre conclusion est que rien n'est changé par la loi nouvelle, en ce qui concerne les relations personnelles d'ordre moral entre époux séparés. Nous pouvons en dire autant des rapports pécuniaires, et purement juridiques ; l'absence de texte formel abrogeant expressément la législation antérieure sur ce point nous force à conclure qu'elle a gardé toute sa valeur, sauf un cas cependant.

L'art. 1450 rend le mari garant du défaut d'emploi ou de remploi du prix de l'immeuble aliéné par la femme, d'abord en cas d'autorisation de justice, s'il a concouru au contrat ou profité des deniers, puis d'après l'opinion générale lorsqu'il a autorisé la vente, eût-elle été faite hors de sa présence. Le mari est responsable, parce qu'il a concouru à la vente ou l'a autorisée.

Or la loi nouvelle supprime, en cas de séparation de corps, la nécessité de l'autorisation du mari ou de justice. La femme séparée qui aliénera désormais, agira seule. Le mari n'aura plus à concourir à l'acte, ni à l'autoriser ; sa responsabilité par suite ne saurait être engagée, sauf si les deniers de la vente avaient tourné à son profit, mais alors ce serait en vertu du droit commun.

Si l'on excepte ce cas, on peut dire que rien n'est changé aux rapports purement juridiques des époux. Ce n'est pas à dire que les solutions à intervenir cadrent parfaitement avec le principe nouveau, mais les critiques qu'elles suscitent ne peuvent s'adresser qu'au législateur. Ainsi dans leurs rapports contractuels, les époux séparés devraient être libres dans les limites du droit commun, puisqu'ils jouissent d'une capacité égale : la loi aurait

dû abolir les restrictions apportées à certains contrats entre époux, tels que la donation et la vente. L'ascendant possible du mari n'est plus à craindre : outre que les époux sont séparés, se défiant probablement l'un de l'autre, le mari a perdu désormais son influence ; il ne peut plus refuser son autorisation et la femme n'est plus tentée de l'acheter. La prohibition de certains contrats entre époux a donc perdu sa raison d'être.

D'autre part la loi a créé en faveur de la femme mariée un certain nombre de garanties contre l'omnipotence du mari. Ce sont, la garantie d'emploi ou de rempli, qui se trouve abolie en cas de séparation, l'hypothèque légale, la suspension de la prescription entre époux, la suspension de la prescription en faveur de la femme lorsque l'action de cette dernière réfléchirait contre le mari. La loi nouvelle n'a rien changé à ces dernières dispositions. A-t-elle bien fait ? Nous l'allons voir.

En ce qui concerne l'hypothèque légale « qui est, dit M. Cabouat, comme le corps de place des sûretés données à la femme sur les biens du mari, le principe nouveau de la capacité civile de la femme séparée de corps eut dû, d'abord, en entraîner l'extinction, au moins dans la mesure où la sauvegarde des droits acquis n'en commande pas impérieusement le maintien : on eut été ainsi conduit à modifier sur un point essentiel la législation actuelle » (1). Dans l'état actuel, en effet, l'hypothèque subsiste,

(1) Cabouat. — Explication de la loi., p. 88. — Nous empruntons à l'honorable professeur sa théorie concernant l'hypothèque légale de la femme, et la suspension de la prescription entre époux, au cas de séparation de corps.

même en l'absence de droits nés et actuels ; la femme ne peut y renoncer d'une façon générale ; elle est même recevable à la faire inscrire. C'est que l'hypothèque peut être d'une grande utilité dans l'avenir pour la femme simplement séparée de biens, ou séparée de corps sous le régime du Code.

Mais aujourd'hui la femme séparée qui est pleinement capable, n'a plus à craindre les abus d'autorité du mari ; c'est à elle de se ménager la protection de sûretés conventionnelles. Nous ajouterons avec M. Cabouat, qu'au cas de réconciliation, l'hypothèque devrait renaître, mais uniquement pour l'avenir et sans rétroactivité. D'autre part l'hypothèque, qui doit subsister dans la mesure nécessaire pour assurer l'exécution ultérieure des droits acquis au jour de la séparation, cesserait d'être clandestine, puisque la clandestinité est basée sur l'impossibilité qu'éprouve la femme mariée de veiller à la conservation de ses droits. Telle est la théorie que paraît entraîner l'adoption du principe de pleine capacité de la femme séparée, mais elle n'a, jusqu'à présent, d'autre valeur que celle d'un vœu platonique.

En est-il de même pour la prescription entre époux ? La femme recouvre sa capacité ; elle peut et doit veiller à la conservation de son patrimoine, dût-elle pour cela exercer ses droits à l'encontre du mari. Toutefois nous pensons que la suspension de la prescription a encore ici quelque utilité. Fondée sur la nécessité de maintenir la paix dans le ménage, elle a pour but après la séparation de ne pas diminuer les chances d'apaisement et de réconcilia-

tion. — La même solution s'impose dans le cas de l'art. 2256, al. 2, qui suspend la prescription lorsque l'action de la femme est de nature à rejaillir contre le mari : les motifs de décider ainsi sont les mêmes.

La conclusion à tirer de cette étude est que les rapports juridiques entr'époux séparés de corps n'ont guère été modifiés par la loi du 6 février 1893, alors cependant que des changements dans les détails étaient nécessaires pour mettre la législation ancienne en parfaite harmonie avec le principe nouveau de la capacité.

Nous ne rechercherons pas si les rapports de la femme séparée avec ses enfants ont subi l'influence de l'idée nouvelle, car on ne rencontre dans la loi aucune disposition pouvant modifier en quoi que ce soit les solutions déjà consacrées par la jurisprudence. Nous constaterons simplement qu'après avoir tant invoqué dans la discussion l'intérêt des enfants, le législateur n'a pas cru cependant devoir préciser mieux qu'elle ne l'était auparavant la condition des enfants dans leurs rapports avec leurs parents séparés.

Section IV.

EFFETS DE LA RÉCONCILIATION DES ÉPOUX SUR LA CAPACITÉ CIVILE DE LA FEMME SÉPARÉE DE CORPS.

Le quatrième et dernier alinéa de l'article 311 du C. C. est ainsi conçu depuis la loi du 6 février 1893 :

« S'il y a cessation de la séparation de corps par la réconciliation des époux, la capacité de la femme est modifiée pour l'avenir et réglée par les dispositions de l'article 1449. Cette modification n'est opposable aux tiers que si la reprise de la vie commune a été constatée par acte passé devant notaire avec minute, dont un extrait devra être affiché en la forme indiquée par l'article 1445, et de plus par la mention en marge : 1° de l'acte de mariage ; 2° du jugement ou de l'arrêt qui a prononcé la séparation, et enfin par la publication en extrait dans l'un des journaux du département recevant les publications légales. »

Cette disposition a pris place dans la loi à la suite d'observations présentées par M. Griffé au Sénat dans la séance du 20 janvier 1887. « Je suppose, dit-il, que, après avoir obtenu la séparation et avoir conquis sa capacité entière, un fait que tout le monde désire vienne à se produire, c'est-à-

dire la réconciliation des époux : je demande si alors cette capacité absolue ne devra pas être restreinte dans les conditions de l'article 1449 du Code Civil. »

L'idée qui a donné naissance à cette proposition est que la pleine capacité de la femme est incompatible avec la reprise de la vie commune ; la puissance maritale doit être rétablie : il importait de dire dans quelles limites. La Commission, d'accord avec M. Griffé, proposa de donner à la femme séparée de corps et réconciliée, les pouvoirs que l'article 1449 confère à la femme séparée de biens. Le Sénat et la Chambre des Députés adoptèrent cette manière de voir.

D'après le Code Civil, la réconciliation résultait d'un simple fait, du rétablissement de la vie commune : la loi ne prescrivait aucune forme solennelle pour la manifestation de la volonté des époux, et la réconciliation ainsi entendue faisait cesser les effets de la séparation de corps quant aux personnes, mais non quant aux biens ; la réconciliation ne détruisait pas *ipso jure* les effets du jugement de séparation, concernant les biens : la communauté dissoute n'était pas rétablie de plein droit ; les époux réconciliés restaient séparés de biens, comme ils l'étaient avant la réconciliation. Toutefois ils pouvaient, moyennant certaines formalités, faire revivre leur régime matrimonial primitif. « La communauté dissoute par la séparation soit de corps et de biens, soit de biens seulement, peut être rétablie du consentement des deux parties, dit l'art. 1451. Elle ne peut l'être que par un acte passé devant notaires et avec minute, dont une expédition doit

être affichée dans la forme de l'art. 1445..... Toute convention par laquelle les époux rétabliraient leur communauté sous des conditions différentes de celles qui la réglaient antérieurement, est nulle. »

En quoi la loi de 1893 a-t-elle modifié cette situation de la femme séparée de corps après la réconciliation ? Il est tout d'abord incontestable que la réconciliation résulte encore d'un simple fait : par cela seul que la vie commune est rétablie, il y a réconciliation. Quelle est dans ce cas de réconciliation pure et simple, la capacité de la femme ? Le nouveau texte répond : « S'il y a cessation de la séparation de corps par la réconciliation des époux, la capacité de la femme est modifiée pour l'avenir et réglée par les dispositions de l'article 1449. » La femme séparée et réconciliée a donc la capacité que confère à toute femme séparée de biens l'art. 1449. Cet effet se produit de plein droit ; la cessation de la vie séparée prive la femme de son entière capacité et ne lui laisse que les pouvoirs de l'art. 1449. Sans doute la suite du nouvel article demande que la reprise de la vie commune soit constatée par acte authentique, et publiée ; mais cet acte notarié et cette publicité sont uniquement exigés pour rendre opposable aux tiers la modification apportée par la réconciliation à la capacité de la femme.

Telle est la nouvelle situation faite à la femme séparée et réconciliée. En quoi diffère-t-elle de celle qui lui était accordée avant 1893 ? La différence est minime. Autrefois, la femme séparée de corps, soumise par la loi à l'art. 1449, restait, en se réconciliant, dans la même situation et jouissait toujours de la capacité établie par cet article (en supposant

toutefois que les époux n'usaient pas de la liberté que leur donnait l'art. 1451, de rétablir le régime primitif). Aujourd'hui la femme séparée de corps pleinement capable, en reprenant la vie commune tombe *ipso facto* sous l'empire de l'art. 1449 ; elle n'a plus que la capacité de toute femme séparée de biens. Jusqu'ici, pas de différence entre les deux législations.

Il en est une cependant, elle concerne les rapports de la femme avec les tiers. Sous l'ancienne législation, aucune publicité n'était nécessaire pour rendre opposable aux tiers l'incapacité résultant pour la femme de l'art. 1449 ; car la réconciliation ne modifiait rien à sa situation ; la femme séparée incapable pendant la séparation, était soumise à la même incapacité après la réconciliation. Aujourd'hui, au contraire, la femme réconciliée qui a la capacité de la femme séparée de biens, jouissait avant la réconciliation du plein exercice de sa capacité civile. Il y a là une modification apportée à sa situation légale, modification dont il est juste que les tiers soient avertis, si on veut la leur opposer. D'où la nécessité d'un acte notarié et de formalités de publicité. Mais la différence entre les deux législations se réduit à cela ; au fond, avant comme après 1893, la femme séparée de corps et réconciliée avec son mari jouit de la capacité établie par l'article 1449.

Cette disposition de l'art 311, al. 4 avait son utilité et il faut savoir gré au législateur de l'avoir fait entrer dans la loi. Quelle eut été en effet la capacité de la femme réconciliée, en l'absence de texte ? Exactement celle que lui donnait le jugement

de séparation de corps : capable avant la réconciliation, elle l'eût été encore après.

La disposition nouvelle a heureusement modifié cette solution : la pleine capacité de la femme, motivée par la situation spéciale des époux séparés de corps, est en effet inconciliable avec la reprise de la vie commune ; dès lors le rétablissement de l'autorité maritale s'imposait ; la loi de 1893 a dit dans quelles limites. Le but de l'amendement Griffé a été simplement de donner à la femme séparée réconciliée la même situation que celle qui lui était conférée par le Code civil ; on a seulement ajouté dans l'intérêt des tiers une formalité de publicité, rendue nécessaire par l'adoption du principe nouveau de l'entière capacité de la femme séparée de corps.

Nous avons dit que l'art. 1451 du Code Civil accordait aux époux réconciliés le droit de rétablir le régime matrimonial primitif. Ils pouvaient, par acte notarié dûment publié, déclarer qu'ils étaient désormais placés sous le régime qui était le leur avant la séparation. La loi de 1893 a-t-elle modifié cette disposition du Code ? Les époux réconciliés peuvent-ils encore faire revivre leur contrat de mariage, en vertu de l'art. 1451 ?

MM. Cabouat et Thiénot leur refusent ce droit : « Nous nous contenterons d'observer, dit M. Cabouat, que la loi du 6 février 1893 abroge virtuellement à l'égard des questions qu'elle a expressement résolues, les textes du Code Civil, relatifs à la séparation de corps. Donc l'art. 3, al. 4, est le seul dont nous ayons à tenir compte » (1). Nous esti-

(1) Cabouat. Explication théorique et pratique de la loi., p. 82.

mons, dit M. Thiénot, qu'ils (les époux réconciliés) ne peuvent avoir ce choix, que le nouvel art. 311 seul peut être invoqué et que le régime de la séparation de biens seul est applicable, parce que nous sommes en présence de deux textes contradictoires et que le texte le plus récent abroge le plus ancien » (1).

Nous ne pouvons accepter ces raisons. Sans doute sur les questions expressément résolues par la loi nouvelle, le Code Civil est abrogé ; sans doute de deux textes contradictoires, le plus récent abroge le plus ancien. Mais est-il vrai de dire que l'art. 311, al. 4, a expressément résolu la question posée, que les dispositions des art. 311, al. 4, et 1451 sont contradictoires ? Nous ne le pensons pas : la disposition nouvelle peut très bien se concilier avec l'ancienne. En effet que dit l'art. 311 ? Il ne prévoit que la réconciliation pure et simple, non accompagnée du retour au régime primitif, il ne vise que l'effet de la réconciliation, et non l'effet du contrat de rétablissement du régime primitif ; il ne parle et ne devait parler que de l'effet direct de la réconciliation. Le législateur a simplement déclaré dans le nouveau texte que la femme séparée ne garderait pas sa pleine capacité après la réconciliation, que sa capacité serait celle de l'art. 1449, du moment où la vie séparée a cessé, mais que cette modification ne serait opposable aux tiers qu'après l'accomplissement de certaines formalités. L'art. 311, al. 4, ne dit pas autre chose.

Nous concluons donc que l'art. 1451, loin d'être abrogé par l'art. 311, le complète de façon très

(1) Thiénot. Revue critique 1893, p. 392.

heureuse ; il ne peut être question d'abrogation tacite, puisque les deux articles sont cumulative-ment applicables.

L'examen de la première partie de l'art. 311, al. 4, est terminé. Nous connaissons la capacité de la femme séparée de corps et réconciliée. Il nous reste à rechercher sous quelles conditions cette modification dans la capacité de la femme est opposable aux tiers, en d'autres termes, quelles sont les formalités dont l'accomplissement fait présumer que les tiers sont avertis du changement intervenu. Il est à regretter, disons-le en passant, que le législateur n'ait pas cru devoir étendre à la séparation de biens, la publicité qu'il a organisée pour la séparation de corps. Il n'y avait, en effet, aucune raison pour que la publicité fût différente dans les deux cas.

Les formalités qui rendent opposables aux tiers, le changement de capacité de la femme sont au nombre de quatre :

1^o La réconciliation ou reprise de la vie commune doit être constatée par acte passé devant notaire avec minute.

2^o Un extrait de cet acte doit être affiché dans la forme indiquée par l'art. 1445 ; c'est-à-dire « sur un tableau à ce destiné, dans la principale salle du Tribunal de première instance, et de plus, si le mari est marchand, banquier ou commerçant, dans celle du Tribunal de Commerce de son domicile ».

3^o Une mention de la réconciliation et de la reprise de la vie commune sera faite en marge : 1^o de l'acte de mariage ; 2^o du jugement ou de l'arrêt qui a prononcé la séparation.

4° Un extrait de l'acte attestant la réconciliation et reprise de la vie commune sera publiée dans l'un des journaux du département recevant les publications légales.

Les deux dernières formalités constituent une innovation de la loi nouvelle, et viennent s'ajouter aux deux premières, empruntées à l'art 1451, qui formaient autrefois toute la publicité en matière de retour au régime primitif des époux séparés de corps. On ne peut qu'approuver cette addition relative à la publicité « qu'on ne saurait, dit M. Arnault, prescrire trop grande dans l'intérêt des tiers. On ne peut qu'applaudir ; les tiers sont ainsi bien avertis que la femme est de nouveau placée sous le régime de l'autorisation maritale. » (1). Cette extension de la publicité, destinée à rendre celle-ci plus effective, est un acheminement vers une institution qui gagne chaque jour des partisans, et qui a reçu sa première application dans une loi du 16 mars 1893, relative à la publicité à donner à la décision qui pourvoit un individu d'un conseil judiciaire (2). Nous voulons parler du casier d'état civil, sur lequel serait inscrit tout événement modifiant l'état et la capacité des personnes. La troisième formalité imposée pour la publicité de la réconciliation répond à la même idée. Le législateur a voulu que la modification intervenue fût mentionnée en marge des actes sur lesquels elle exerce son influence, actes qui appelés à renseigner les tiers auraient pu les induire en erreur, s'ils n'étaient complétés par la

(1) Arnault. — Examen de la loi, etc., p. 50 et 51.

(2) Voir sur le Casier d'Etat Civil. — Revue critique, 1887, Petiet, p. 582. — 1893, Charmont, p. 468.

mention de la réconciliation. Désormais, les intéressés qui consulteront l'acte de mariage ou le jugement de séparation, sauront que cette séparation a été suivie de réconciliation.

Nous avons admis tout à l'heure que le régime primitif pouvait être rétabli en cas de réconciliation, que l'art. 1451 restait intact. Quelle est alors la publicité applicable? Deux hypothèses sont à prévoir. Si la communauté est rétablie par l'acte même de réconciliation, la publicité étendue de l'art. 311 suffira, ou plus exactement, les deux publicités des art. 311 et 1451 sont applicables, mais comme l'art. 1451 est absorbé par l'art. 311, il suffira en fait d'observer les prescriptions de ce dernier. — Si la communauté est rétablie par un acte postérieur, la réconciliation a été publiée conformément à l'art. 311 et les époux ont vécu sous le régime de l'art. 1449 jusqu'au jour où conformément à l'art. 1451, ils reprennent leur régime matrimonial primitif. Pour rendre cette convention opposable aux tiers, il suffit de publier l'acte conformément à l'art. 1451. L'inscription en marge de l'acte de mariage et du jugement de séparation est inutile. L'art. 311 n'est pas applicable à notre hypothèse.

Enumérons pour nous résumer, les diverses situations possibles pour les époux réconciliés et notamment pour la femme, en ce qui concerne sa capacité.

Sous l'ancienne législation, deux situations étaient à prévoir. Les époux qui se réconciliaient, sans retour au régime primitif, restaient séparés de biens, et la capacité de la femme était déterminée par l'article 1449. Si au contraire, ils réta-

blissaient le régime primitif, par acte authentique, et publié dans les formes légales, la femme reprenait la situation qui lui était attribuée par le contrat de mariage. Mais si les formalités de publicité n'avaient pas été accomplies, le rétablissement du premier régime matrimonial valable entre époux n'était pas opposable aux tiers, et à leur égard, la femme jouissait après la réconciliation, de la capacité que lui avait donnée le jugement de séparation.

Depuis la loi nouvelle, plusieurs situations sont possibles pour la femme. S'il y a reprise de la vie commune sans formalités, sans publicité, les époux sont séparés de biens et la femme a la capacité de l'art. 1449, mais seulement dans ses rapports avec son mari ; à l'égard des tiers, elle reste pleinement capable. — Si les formalités de l'art. 311, acte notarié, extrait, mentions, publicité, ont été remplies, les époux sont séparés de biens, et même à l'égard des tiers, la femme n'a que la capacité de l'art. 1449. — Enfin une troisième situation est à prévoir pour ceux qui autorisent le rétablissement du régime primitif. Si dans l'acte notarié qui constate la réconciliation, ou dans un acte postérieur, les époux déclarent formellement qu'ils veulent non seulement reprendre la vie commune, mais faire revivre aussi leur régime matrimonial primitif, alors la condition de la femme devient à nouveau ce qu'elle était avant la séparation. Toutefois cette convention n'est opposable aux tiers que si les formalités légales ont été accomplies.

CHAPITRE II

DOMICILE DE LA FEMME SÉPARÉE DE CORPS

L'article 1 de la loi du 6 février 1893 est ainsi conçu :

« L'art. 108 du Code civil est complété ainsi qu'il suit :

La femme séparée de corps cesse d'avoir pour domicile légal, le domicile de son mari.

Néanmoins toute signification faite à la femme séparée en matière de questions d'état devra également être adressée au mari, à peine de nullité. »

La loi nouvelle en accordant à la femme séparée de corps un domicile différent de celui de son mari, n'a fait que reproduire la solution généralement admise dans l'ancien droit. On lit en effet dans Bouhier : « La séparation de corps donne à la femme la liberté d'aller habiter où il lui plaira ; elle a donc le droit de se choisir un nouveau domicile, ainsi cela dépend de sa volonté de laquelle on juge à cet égard comme de celle de toute autre personne » (1).

(1) Bouhier. — Observation sur la Coutume de Bourgogne, chap. XXII, p. 201.

Et Pothier écrit : « Lorsqu'il y a séparation d'habitation prononcée par un jugement qui n'est suspendu par aucun appel ni opposition, la femme est par là déchargée de l'obligation de demeurer avec son mari et elle a le droit en conséquence de s'établir où elle voudra un domicile qui lui sera propre » (1).

Les rédacteurs du Code civil ont-ils adopté la même solution ? En l'absence de texte la question fut controversée.

Certains auteurs, entr'autres Merlin, donnaient à la femme séparée le domicile du mari. La communauté de domicile, disait-on, dérive de l'incapacité de femme mariée, de la puissance maritale, qui survivent après la séparation de corps : de plus l'art. 108 déclare que « la femme mariée n'aura pas d'autre domicile que celui du mari ». Or la femme séparée est toujours femme mariée : elle a donc, après comme avant la séparation, le même domicile que son mari.

On a répondu très justement que l'opinion contraire était plus conforme au motif véritable qui a fait attribuer à la femme le domicile du mari. « On oublie, disent Aubry et Rau, que l'art. 108 est bien moins un effet immédiat et direct de l'autorité maritale que la conséquence de l'obligation imposée à la femme d'habiter avec son mari. Et voulut-on admettre que cette obligation est elle-même une suite de l'autorité maritale, on serait toujours forcé de reconnaître que la puissance du mari est

(1) Pothier. — Introduction aux Coutumes, ch. 1, n° 10. — Traité du Contrat de mariage, n° 522.

sous ce rapport modifiée par la séparation de corps » (1). La femme séparée n'est plus obligée d'habiter avec son mari, donc elle n'a plus nécessairement le même domicile.

Les paroles du rapporteur Mouricault au Tribunal confirment cette solution : « Ainsi, dit-il, la femme mariée que le devoir tient auprès du mari, qui n'en peut être légitimement éloignée que par la séparation de corps, le divorce ou la mort... n'a pas d'autre domicile légal que le domicile marital. » Si la femme est légitimement éloignée de son mari par la séparation de corps, c'est qu'elle n'a plus le même domicile, et ce membre de phrase paraît bien indiquer dans la pensée du rapporteur une exception à la règle générale. L'art. 108 d'ailleurs ne doit pas être mêlé à la discussion puisqu'à l'époque où il fut voté, la séparation de corps n'existait plus et on ne savait si elle serait rétablie ; le législateur n'a donc pu prévoir cette situation. De plus, rien n'indique qu'il ait voulu rompre avec la tradition de l'ancien Droit. Il aurait eu d'autant plus tort de s'en écarter, qu'il peut y avoir des inconvénients fort graves, à imposer à la femme séparée le domicile du mari.

La jurisprudence adopta de bonne heure le second de ces systèmes et l'on pouvait considérer comme acquis ce principe que la femme séparée de corps a un domicile personnel : « Je rappellerai au Sénat, dit M. Paris, qu'il est aujourd'hui enseigné par l'unanimité des auteurs, admis par la jurispru-

(1) Aubry et Rau, I, p. 580, note 5

dence de toutes les Cours d'appel ainsi que par la Cour de Cassation que la femme séparée de corps a son domicile propre complètement distinct de celui du mari » (1).

La femme pouvait donc acquérir un domicile personnel, le choisir comme elle l'entendait, le modifier à sa convenance; une seule restriction était apportée à ce choix par les tribunaux; le mari pouvait demander que le domicile choisi par la femme lui fut interdit, si cela était nécessaire pour lui faire observer les devoirs de fidélité, qui sont maintenus après la séparation, pour conserver l'honneur du nom qui est celui du mari et des enfants : « Le devoir de fidélité, dit le tribunal de Castelsarrazin, écarte toute situation compromettante, ainsi que les apparences d'une vie déréglée; et l'obligation d'assistance et de secours implique contradiction avec le dommage moral porté par l'épouse à son mari, quand elle manque au respect qu'elle doit au nom qu'elle porte et qu'elle se montre peu soucieuse des soupçons d'immoralité qu'un logement de son choix peut soulever contre elle » (2). En dehors de ces considérations morales, le droit qu'à la femme de fixer son domicile où elle veut, était absolu.

La loi nouvelle n'a fait que consacrer législativement le système de la jurisprudence. Les rapports Flourens, Arnault, Jullien, le démontrent manifestement. Cette solution s'imposait. Lorsque la femme est séparée de son mari, elle ne peut être raison-

(1) Paris. — J. Off., Sénat, déb. parl., 1887, 18 janvier, p. 19, c. 1.

(2) Tribunal de Castelsarrazin, 8 avril 1864. D. 1864, 3, 46.

nablement présumée présente et avoir son principal établissement en un lieu où elle n'a plus le droit d'habiter et d'être reçue tant qu'il n'y a pas réconciliation.

Le domicile de la femme séparée de corps sera donc déterminé, comme celui de la femme non mariée, conformément aux principes généraux. Si la femme est majeure, elle l'établira où bon lui semblera, en se conformant aux articles 103-104. Il en sera de même si elle est mineure, parce qu'elle est émancipée par mariage et que l'art. 108, al. 2 n'attribue le domicile des père et mère ou tuteur qu'au mineur non émancipé ; si la femme séparée est interdite, elle aura pour domicile celui de son tuteur ; si elle est en service chez autrui, celui de ses maîtres (art. 109).

Nous avons examiné plus haut la question de savoir si le domicile transporté à l'étranger permettait à la femme séparée de corps d'acquérir, sans autorisation la nationalité étrangère, acquisition que la loi du pays considère comme un effet du domicile. C'est là une question de capacité, plutôt que de domicile. Nous renvoyons aux explications déjà fournies.

La femme séparée de corps a donc en principe le choix de son domicile. La jurisprudence y apportera encore probablement la restriction qu'elle a consacrée, restriction fondée sur des considérations morales, sur le devoir de fidélité qui subsiste après la séparation et à raison duquel, il y a lieu de conserver les conséquences tirées de cette obligation par les tribunaux.

En résumé, le système créé sur cette matière

par la jurisprudence est devenu le système légal ; il faut l'appliquer aujourd'hui comme il était appliqué autrefois.

L'alinéa 2 de l'art. 1 de la loi du 6 février 1893 ajoute au principe, une réserve importante. En voici le texte :

« Néanmoins toute signification faite à la femme séparée en matière de question d'état, devra également être adressée au mari, à peine de nullité. »

La jurisprudence en accordant à la femme un domicile personnel, imposait cependant aux tiers une double notification des actes de procédure intéressant la femme ; ils devaient avertir le mari, et le mettre en cause par une signification faite à son domicile. C'était une conséquence du principe de l'incapacité de la femme séparée ; celle-ci ne pouvait plaider, ester en justice sans l'autorisation maritale ; il était donc nécessaire que le mari fût tenu au courant de la procédure. — Mais aujourd'hui que la femme séparée est capable, la conséquence contraire s'imposait : la femme peut plaider seule, sans autorisation ; elle a donc seule qualité pour recevoir signification des actes de procédure ; pourquoi associer le mari à une instance qu'il ne peut plus diriger, à laquelle il n'a point qualité pour intervenir ? Cette conséquence, si naturelle, si logique résulte du texte qui crée une exception à ce principe, en exigeant dans un cas spécial une double signification.

C'est en matière de question d'état, qu'une signification doit être adressée au mari. Cette exception se justifie aussi facilement que le principe. Le résul-

tat de ces sortes de débats peut être de modifier d'une façon quelconque le statut, la condition, la personnalité de la femme, d'engager même la dignité, l'honneur du mari et de la famille. Il était nécessaire de fournir à celui-ci, le moyen d'intervenir. « Supposez, dit M. Allou, qu'un procès soit engagé avec la femme séparée, touchant pour elle à une question d'état. Supposez qu'on vienne contester l'acte d'adoption dont elle a été l'objet, ou bien sa reconnaissance et sa légitimation. Est-ce qu'il est possible qu'un pareil débat s'engage entre la femme et ses contradicteurs sans que le mari soit averti et puisse entrer dans la cause ? il est incontestable que même dans les cas où la femme a la complète et entière administration de ses biens, il y aura toujours une réserve à introduire relativement à la connaissance que devra avoir le mari de certains litiges d'une matière supérieure » (1).

Ce passage indique bien quelle a été la pensée du législateur. Il a en outre l'avantage de répondre partiellement à cette autre question : Que faut-il entendre par question d'état ? M. Allou cite l'adoption, la reconnaissance, la légitimation. M. Arnault ajoute l'action en réclamation d'état intentée par une personne qui prétend être l'enfant de la femme séparée (2). Cette énumération n'est pas limitative, et l'expression « question d'état » comprend toute demande « d'une nature supérieure », toute question pouvant exercer une influence sur la personnalité juridique de la femme. C'est ainsi que la question

(1) Allou. — Sénat, déb. parl., 18 janvier 1887, p. 16, col. 2.

(2) Arnault. — Examen de la loi, p. 19.

de nationalité doit rentrer dans cette catégorie. Si des tiers contestent la nationalité dont se prévaut la femme séparée, ils devront signifier leur demande au mari. Nous ferions exception cependant, avec M. Sarrand (1) au cas où les tiers, reconnaissant à la femme la nationalité qu'elle s'attribue, soutiendraient simplement que la femme a agi par fraude, en changeant de nationalité, et demanderaient seulement que l'acte frauduleux ne leur soit pas opposable? En ce cas en effet, rien n'est changé à l'état de la femme; l'acte frauduleux est annulé et rien de plus, le mari n'a pas à intervenir: il n'y a pas d'action d'état, mais une action en nullité d'acte.

La femme séparée de corps peut donc agir en justice pour l'exercice de toutes actions, sans que le mari ait à intervenir ou même soit simplement prévenu. Une seule exception est apportée en matière de question d'état, parce qu'elles sont de nature à rejaillir sur le mari et la famille; par suite, ce dernier doit être mis à même de surveiller la marche du procès, par une signification des actes de la procédure qui y sont relatifs.

(1) Sarrand. — Commentaire de la loi..., p. 27, 28 et 29.

CHAPITRE III

NOM DES ÉPOUX SÉPARÉS DE CORPS

La loi du 6 février 1893 a statué sur le nom des époux divorcés et sur celui des époux séparés de corps.

L'art. 2 nous dit : « *L'art. 299 du Code civil est complétée ainsi qu'il suit : Par l'effet du divorce, chacun des époux reprend l'usage de son nom* ». L'art. 3 al. 1, ajoute : « *L'art. 311 du Code civil est remplacé par les dispositions suivantes : Le jugement qui prononce la séparation de corps ou un jugement postérieur peut interdire à la femme de porter le nom de son mari ou l'autoriser à ne pas le porter.* »

Dans le cas où le mari aurait joint à son nom le nom de sa femme, celle-ci pourra également demander qu'il soit interdit au mari de le porter ».

Seule la seconde de ces dispositions rentre dans le cadre de notre travail ; nous n'examinerons la première qu'incidemment, afin de mieux faire ressortir la solution adoptée pour la séparation de corps.

L'alinéa 1 de l'art. 311 est relatif au nom du mari porté par la femme ; le 2^e alinéa prévoit le

cas ou le mari a joint à son nom celui de sa femme, ce qui est assez fréquent dans certaines provinces, de la part des commerçants. Les tribunaux peuvent en cas de séparation de corps, sur la demande de l'époux intéressé, interdire à l'un des conjoints le port du nom de l'autre, et autoriser la femme séparée à ne plus porter le nom du mari ; mais une demande en justice est nécessaire, tandis qu'après le divorce, chaque époux reprend de plein droit l'usage de son nom. Il s'en suit que l'époux divorcé qui porte le nom du conjoint après le divorce enfreint la loi, et le tribunal intervient pour constater l'infraction, tandis que l'époux séparé jouit du nom du conjoint tant qu'il ne lui est pas interdit, et le tribunal doit être appelé tout d'abord à prononcer la défense : l'infraction n'est possible qu'après ce jugement.

Section I.

RAISON D'ÊTRE DES DISPOSITIONS NOUVELLES CONCERNANT LE NOM DES ÉPOUX SÉPARÉS DE CORPS.

La raison pour laquelle la perte du nom ne résulte pas de plein droit du jugement de séparation de corps, est que le mariage n'est pas dissous, qu'il subsiste même dans ceux de ses effets compatibles avec le nouvel état de choses, qui n'est au fond qu'un état provisoire destiné à disparaître par la réconciliation : il n'y a pas nécessité absolue d'obliger les époux à reprendre l'usage exclusif de leur nom : ils peuvent même trouver avantage à user de leurs noms réciproques, dans les relations mondaines, commerciales, industrielles, artistiques, littéraires et autres. Inversement, il est des circonstances où cette communauté du nom peut devenir intolérable : « Il est non moins évident, dit M. Flourens, que le maintien de la solidarité du nom, alors que par l'effet de la cessation de la communauté de vie, le mari a perdu toute influence morale, tout contrôle sur la conduite de la femme, est une des conséquences les plus injustes de cet état si pénible » (1).

(1) Flourens J. O. Sénat. Doc. parl. décembre 1886, p. 378, col. 3.

Ces considérations ont déterminé le législateur à repousser toute solution extrême qui imposerait à un époux la perte ou le maintien dans tous les cas, du nom de son conjoint. Il a préféré laisser les époux et les tribunaux juges de la question. En principe, l'état de choses antérieur à la séparation subsiste : la femme séparée conserve le nom de son mari; mais s'il y a lieu de craindre qu'elle le compromette ou le déshonore, l'usage peut lui en être interdit sur la demande du mari : à l'inverse, s'il lui est trop pénible de porter ce nom, la femme peut solliciter l'autorisation de reprendre son nom de famille. Enfin si le mari a joint à son nom celui de sa femme, celle-ci pourra, pour protéger l'honneur de son nom, en faire interdire l'usage au mari.

Ces solutions sont satisfaisantes dans leur ensemble. On leur a fait cependant une assez vive opposition pendant la discussion de la loi, en leur reprochant leur inutilité. L'idée est celle-ci : pourquoi légiférer sur le nom des époux divorcés ou séparés (la critique vise les deux situations), pourquoi déterminer dans quel cas et à quelles conditions les époux reprendront l'usage exclusif de leur nom, puisque pendant le mariage, chacun d'eux conserve son nom patronymique et n'acquiert aucun droit à celui de son conjoint. En fait, il est vrai, la femme mariée prend dans la vie ordinaire, dans les relations du monde, le nom de son mari, sous lequel on la connaît presque exclusivement : elle le substitue totalement au sien ; de même encore dans certaines provinces ; le mari joint à son nom celui de sa femme, et le commerçant est presque partout connu et désigné sous cette double

dénomination. Mais cette pratique qu'aucun texte ne défend ni n'autorise, est-elle l'exercice d'un droit ? Cet usage consacré par les mœurs, l'est-il aussi par la loi ? Peut-on considérer le mariage comme entraînant nécessairement pour la femme un changement de nom, pour le mari une addition à son nom patronymique ?

Non ; c'est là une opinion inexacte. Ces usages n'ont aucun caractère légal, et s'expliquent simplement par la communauté d'intérêts et d'affection que crée le mariage entre les époux, mais ne sont pas pour la femme le résultat d'une obligation ou d'un droit. « On ne rencontre dans notre législation, dit au Sénat M. Brisson, aucune disposition qui oblige ni pendant le mariage ni après, la femme à porter le nom de son mari. Vous avez d'abord des usages sociaux, puis des nécessités légales, qui font d'une part que la femme reçoit le nom de son mari dans le monde et de l'autre, que, dans certains actes, l'on rappelle formellement qu'elle est mariée à M. un tel, ou qu'elle est divorcée. Voilà tout ce que vous rencontrez, non pas dans la législation actuelle, mais dans nos habitudes » (1).

Il n'y a donc dans ces pratiques, qu'un simple usage sans force légale. Mais alors, si la femme n'acquiert pas un droit formel sur le nom du mari, si le mari ne jouit qu'en vertu d'une simple tolérance de la femme, de la faculté de porter deux noms, pourquoi défendre aux époux d'user du nom du conjoint, et surtout pourquoi donner aux tribunaux, en cas de séparation, le droit de s'immiscer

(1) Brisson. Sénat J. O. 14 juin 1885, Déb. parl. p. 679 col. 3.

dans les conflits qui peuvent naître, avec un pouvoir discrétionnaire. L'époux intéressé doit avoir seul le droit de décider si son conjoint continuera à jouir de la faculté qui lui a été laissée jusque là. Le législateur n'a pas à supprimer ou à réglementer un droit qui n'existe pas.

Que penser de cette objection ? Est-il exact de dire que les époux ne portent le nom de leur conjoint que par suite d'un usage entré dans nos mœurs, mais n'ayant aucune valeur juridique ?

Cet usage, au dire de Merlin, remonte au ^{xiii}^e siècle. A cette époque les femmes de grands seigneurs seules portaient le nom de leur mari, comme elles prenaient ses armes. Dans la suite des temps, cet usage se généralisa et se rattacha aux effets généraux du mariage coutumier. « Un des effets civils du mariage qui concerne particulièrement la femme, écrit Pothier, est que la femme acquiert par le mariage le nom de son mari, ce qui est fondé sur ce qu'elle n'est plus censée faire avec son mari qu'une seule personne dont il est le chef : *erunt duo in carne una* » (1). Merlin nous dit encore : « Les filles qui se marient quittent le nom de leur père pour celui de leur mari, » et plus loin : « Les filles par le mariage, sortant de leur famille, en perdent tous les avantages, le nom, les armes, le rang, la noblesse » (2). L'acquisition par la femme du nom du mari, est donc, dans l'ancien Droit un effet civil du mariage ; c'est pour elle une nécessité autant qu'un droit ; elle ne peut s'y soustraire, de même qu'elle ne peut en être privée ; elle le

(1) Pothier. — Contrat de mariage n° 401.

(2) Merlin, — V° Nom 1. 2.

garde légalement pendant le veuvage et après la séparation de corps.

En est-il encore de même sous l'empire du Code Civil? L'usage en vertu duquel la femme prend le nom du mari, constitue-t-il un effet civil du mariage, ou bien n'est-il qu'une habitude sociale sans force juridique? En l'absence de texte législatif, les deux systèmes sont soutenus.

Dans le premier système qui donne à l'usage, le caractère d'une disposition légale, on invoque la tradition : les rédacteurs du Code n'ont pas renié la théorie de Pothier, c'est donc qu'ils considèrent la communauté de nom, comme une conséquence naturelle du mariage et de l'union intime des personnes que le Code a consacrée. Au point de vue pratique, cette théorie présente de grands avantages : le nom du mari sert d'abord à annoncer aux tiers le fait du mariage et par suite l'état d'incapacité dans lequel se trouve la femme mariée ; on prévient ainsi toute chance d'erreur ou de confusion sur l'état des personnes. D'autre part comprendrait-on que le mari empêchât sa femme de porter le nom qui est celui de ses enfants ; dans le système que nous exposons, cette bizarrerie ne peut se produire.

La théorie qui précède, bien que consacrée par quelques arrêts, est généralement repoussée. La femme qui prend le nom du mari se conforme à une habitude sociale, sans base juridique. En effet les principes généraux du Code en matière de mariage s'opposent à ce que le système de l'Ancien Droit et de Pothier soit applicable de nos jours. Dans l'Ancien Droit, la femme prenait le nom du mari parcequ'elle sortait de sa famille, perdait ses

droits de succession aux biens de ses parents, leur nom, leur noblesse : il était alors indispensable qu'elle acquit dans sa nouvelle famille, les droits et avantages qu'elle perdait dans l'autre : la femme en prenant le nom du mari se soumettait aux conséquences civiles du mariage. Mais aujourd'hui les principes sont différents ; le mariage n'enlève pas à la femme ses droits de succession, son nom, son rang ; on ne peut donc admettre dans la législation actuelle un effet civil du mariage qui n'est que la conséquence de principes surannés, de notions et d'idées en désaccord avec celles du législateur de 1804.

On objecte que le mari pourra forcer la femme à porter son nom de jeune fille, et à abandonner un nom qui est celui de ses enfants. Outre que cette situation se présentera rarement, et la plupart du temps dans des cas où le divorce, la séparation s'imposeront, quel inconvénient y a-t-il à ce que la femme porte un nom différent de celui de ses enfants ? la femme qui se remarie n'abandonne-t-elle pas le nom des enfants du premier lit ?

De plus on a tort de croire que nos lois ont passé sous silence les règles d'acquisition et de transmission du nom. Les lois du 11 germinal an XI et 6 fructidor an II sont relatives au même sujet. Ces lois qui déterminent les règles à suivre pour le changement des noms, les pénalités en cas d'usurpation ne renferment aucune disposition relative à la femme mariée : celle-ci est donc soumise au droit commun, et le mariage ne crée pas un droit en sa faveur. — Les art. 57, 79 du C. C. ordonnent de mentionner dans les actes de naissance et de décès, les

noms et prénoms des père et mère. Ce pluriel « noms et prénoms » indique que légalement la femme a un nom différent de celui du mari. L'art. 347 du C. C. confère à l'adopté le nom de l'adoptant ; si c'est une femme mariée qui adopte, l'adopté ne prend pas le nom du mari, mais celui de la femme.

Il est encore une hypothèse où le premier système conduirait à des conséquences fâcheuses : Supposez que la filiation adultérine d'un enfant soit prouvée ; le père désavoue. L'enfant doit porter le nom de la mère, mais si celle-ci a droit au nom de son mari, l'enfant aura le nom du mari qui n'est pas son père et qui l'a désavoué. Ce serait simplement monstrueux.

Enfin dans les actes importants, la femme est désignée sous son nom patronymique. Le nom du mari, énoncé ensuite sert simplement à indiquer l'état de femme mariée. Les usages du notariat sont à cet égard bien établis ; c'est nécessairement sous leur nom de famille que les femmes figurent dans les actes notariés.

La jurisprudence s'est en général ralliée à la seconde théorie. « Attendu, dit la Cour royale de la Martinique, que par le mariage, les femmes ne cessent pas de faire partie de la famille, dont elles sont issues, que si elles peuvent substituer le nom de leur mari à celui de leur famille, cela n'a lieu que pour les actes de la vie commune et non pour des actes qui intéressent leur état civil et même leurs propriétés... » (1) La jurisprudence cependant entraînée par les nécessités pratiques et la force de

(1) Cité par Sarrand. — Commentaire de la loi, p. 48. Voir dans le même sens : S. 41, 1, 532. — S. 65, 1, 120. — S. 91, 1, 379.

cet usage qui est complètement passé dans nos mœurs, accepte quelques conséquences de la théorie qui fait de l'acquisition du nom, un effet civil du mariage, notamment la signature de la femme sous le nom du mari ; il faut alors protéger les tiers de bonne foi ; c'est la raison pour laquelle il est admis qu'on signe sous toute dénomination, sobriquet, etc., sous lesquels on est connu.

Quelles étaient les conséquences de ces théories, relativement à la femme divorcée ou séparée de corps ?

En ce qui concerne le divorce, dans les deux théories la femme divorcée perdait le nom du mari, soit parce qu'elle n'y a jamais eu droit, soit parce que le mariage est dissous, et que la femme tenait ce nom du mariage. En ce qui concerne la séparation de corps, dans la théorie qui reconnaît un droit à la femme, le nom du mari était maintenu à la femme, car le mariage subsiste avec ses effets ; dans la théorie basée sur le simple usage, la femme n'avait pas plus de droit au nom du mari après qu'avant la séparation.

Nous connaissons les deux théories sur la matière de l'acquisition par la femme, du nom de son mari. Quelle est celle qui a été adoptée par les rédacteurs de la loi nouvelle, qui a servi de base à leurs travaux et explique les solutions adoptées par eux à la question du nom des époux divorcés ou séparés ?

Si l'on recherche dans les travaux préparatoires, l'opinion de ceux qui ont participé à la confection de la loi, et approuvé les dispositions nouvelles

relatives au nom des époux, on constate que les deux théories ont eu leurs partisans. M. Allou, rapporteur au Sénat, adopte le système de l'ancien Droit : « Qu'est-ce qui a donné à la femme, dit-il, le droit de porter le nom de son mari? C'est le mariage. Le mariage est brisé par le divorce, il n'en reste rien, chacun des époux s'en va de son côté. Et la femme conserverait le droit de porter le nom de son mari après le divorce? » (1) Et M. Batbie ajoute : « C'est une servitude très dure que d'être astreint à porter un nom qui n'est pas estimé, qui a été flétri. C'est une obligation tellement lourde.... Messieurs, c'est vrai; il n'y a pas de texte... La loi est muette parce qu'il était impossible de prévoir qu'une femme mariée ne prendrait pas le nom de son mari.... Etait-il utile de dire en présence de cette association si complète que la femme prendrait le nom de son mari? Certes, on pouvait s'en rapporter à l'usage. Cet usage est si profondément établi dans les mœurs qu'il était inutile de le consacrer par une disposition spéciale de la loi. Mais je crois qu'il faut une loi, qu'il faut une autorisation spéciale, pour rompre un usage général et rompre avec une tradition constante. » (2) C'était dire en un mot que l'usage a force de loi.

Le Conseil d'Etat repousse cette théorie et M. Flourens, dans son rapport, s'exprime en ces termes : « Il est non moins certain que pendant la durée du mariage, la femme conserve le droit de continuer à porter son nom patronymique, soit en

(1) Allou. — J. O., Sénat, 14 juin 1885, déb. parl., p. 678, col. 1.

(2) Batbie. — J. O., Sénat, déb. parl., 17 juin 1885, p. 704, col. 2 et 3,

le faisant précéder du nom de son mari, soit en le prenant seul... Si l'usage lui a reconnu la faculté de prendre le nom de son mari, c'est à titre de prérogative de l'union légitime, pour consacrer par un signe patent la confusion des deux existences en une seule unité morale... Ce sont là des prérogatives auxquelles la femme est libre de renoncer sans que le législateur ait à intervenir. » (1) M. Allou essaya de réfuter ce système : « La Commission, dit-il, ne partage en aucune façon ce sentiment, elle ne peut pas comprendre comment ce serait une question de savoir, si pendant la durée de la vie commune, le nom des deux époux est légalement celui du mari... Le nom de la femme se perd avec le mariage dans le nom du mari, la femme porte le nom de son mari; eh bien, au lendemain d'une séparation de corps, si aucune disposition spéciale n'a été prise légalement, il est incontestable que la femme continuera de porter le nom de son mari. » (2)

A la Chambre, la théorie du Conseil d'Etat a été reprise par les rapporteurs. « Aucun texte de loi, dit M. Arnault, ne donne au mariage aucun effet sur le nom d'aucun des deux époux, aucun droit à l'un des époux sur le nom de l'autre.... d'où cette conséquence que la dissolution du mariage par mort ou divorce ne peut donner ouverture à la cessation d'un droit qui n'a jamais existé et faire reprendre ce qui n'a pas été aliéné, telle est la vérité juridique » (3). M. Jullien exprime la même idée : « Cette disposition (art. 2 et 3, al. 1)... a paru à

(1) Rapport Flourens. — J. O., Sénat, doc. parl., 1886, p. 377.

(2) Allou. — J. O., Sénat, déb. parl., 18 janvier 1887, p. 17, col. 1.

(3) Arnault. — J. O., Chambre, doc. parl., 1887, p. 439, col. 4.

votre Commission devoir être acceptée sans modification, comme une conséquence nécessaire du divorce, conséquence que nos mœurs nous obligent à consacrer dans la loi, bien qu'aucun texte précis n'ait décidé que le mariage aurait pour effet de créer au profit de l'un des époux un droit sur le nom de l'autre » (1).

De ces extraits, il résulte que si le Sénat a fait en général de l'acquisition du nom un effet civil du mariage, la Chambre des députés l'a considérée comme un simple usage sans caractère juridique. C'est cette seconde théorie qui paraît avoir servi de point de départ aux textes nouveaux. L'article 2 a été inséré en effet par le Conseil d'Etat ; les rapports Flourens et Arnault ont servi de préparation directe à la loi ; leurs conclusions ont été adoptées ; il est raisonnable de penser que le législateur s'est approprié les raisons qui leur servaient de base.

Mais alors, si cette seconde théorie est la vraie, si le législateur lui-même se l'est appropriée, si il est parti de cette idée que l'usage en vertu duquel la femme prend le nom du mari est une simple habitude sociale sans force légale, l'objection que nous formulions plus haut conserve toute sa valeur. Les dispositions de la loi nouvelle sont inutiles ; le législateur n'a pas à interdire ou à réglementer l'exercice d'un droit qui n'existe pas.

Il y a certainement dans cette objection une part de vérité, « On peut penser d'abord, comme le dit M. Arnault, que cette disposition abonde, mais

(1) Jullien. — J. O., Chambre, doc. parl. 1890, p. 1262, col. 1.

ne vicie pas » (1). Nous croyons de plus que les art. 2 et 3, al. 1, ne sont pas dépourvus de toute utilité. Le mariage ne modifie pas sans doute le nom des époux mais l'usage contraire a pris une énorme extension, il est donc nécessaire de le traiter comme une disposition de loi. « A supposer, dit M. Cabouat, que le mariage n'apporte légalement aucun changement au nom des époux, un usage contraire s'est cependant constitué et affermi; cet usage a acquis une grande force, il est complètement passé dans nos mœurs. D'où la nécessité de le traiter comme un facteur juridique dont l'influence toute puissante ne peut être efficacement combattue que par un texte formel » (2). M. Flourens le déclare dans son rapport; « En présence de l'usage qui laisse à la veuve le nom du mari comme une sorte de douaire ou d'usufruit, si le législateur veut qu'après le divorce ou la séparation de corps le mari puisse revendiquer l'usage exclusif de son nom, il doit le dire expressément, sans quoi la jurisprudence hésiterait à admettre la recevabilité de l'action » (3).

Le but du Conseil d'Etat, a donc été, au dire de M. Flourens, de mettre fin aux controverses soulevées par ces questions, surtout en matière de divorce, controverses qui auraient duré jusqu'à ce que le législateur ait pris partinnettement pour l'une ou l'autre des théories ci-dessus exposées. Pour cela il n'a pas cru devoir trancher la question du

(1) Arnault. — Rapport, J. O., Chambre, doc. parl., 1887, p. 439, col. 3.

(2) Cabouat. — Explication de la loi..., p. 108.

(3) Flourens. — Rapport, J. O., Sénat, 1886, doc. parl., p. 379, col. 2.

nom des époux pendant le mariage. Il a préféré, faisant œuvre utile en cela, et tout en paraissant admettre l'absence de toute communauté de nom entr'époux, décider dans un texte formel que les époux en cas de divorce reprendraient l'usage exclusif de leur nom, et que les tribunaux interviendraient pour trancher cette question entr'époux séparés de corps.

Des difficultés étaient d'autant plus à craindre que les tribunaux n'admettent pas sans restriction la théorie d'après laquelle la femme ne prend le nom du mari qu'en vertu d'un simple usage. Tantôt en effet ils valident la signature par la femme du nom du mari ; tantôt ils considèrent comme manœuvre d'escroquerie, le fait par la femme mariée de prendre son nom de fille, donnant ainsi des effets juridiques à une simple habitude, et prouvant par là que l'usage dont il s'agit, n'est pas sans influence sur le droit. Voilà pourquoi le législateur a cru utile d'intervenir.

En ce qui concerne le divorce, la disposition nouvelle a une utilité incontestable en cas de commerce fait par la femme sous le nom du mari. La femme dans ce cas a un droit de co-propriété sur ce nom ; et après le divorce, elle aurait pu garder le nom du mari, non pas parce qu'elle a été mariée, mais comme une raison sociale, un nom commercial. La généralité du texte nouveau et les travaux préparatoires repoussent cette solution ; à ce point de vue, l'intervention du législateur a quelque utilité et produit effet tout au moins, si la solution en elle-même n'est pas exempte de critique. Quant à la séparation de corps, nous verrons plus loin si la

femme peut, contrairement à la volonté du mari, faire le commerce sous le nom de ce dernier.

Telles sont les raisons pour lesquelles le législateur a cru devoir intervenir. Il a mis fin à une controverse et rappelé que le mari propriétaire de son nom a tout pouvoir pour empêcher la femme de le prendre ou de le conserver. Mais si les rédacteurs de la loi ont enlevé par une disposition formelle à la femme divorcée l'usage du nom du mari, il ne faut pas en conclure (et cette remarque est importante) qu'il a voulu proclamer le droit de la femme sur le nom du mari pendant la mariage. M. Lallier pense le contraire : « En réglant, dit-il, à quelles conditions la femme divorcée ou séparée peut être privée du nom de son mari, ou autorisée à le déposer, la loi impliquera que la femme mariée acquiert le nom de son mari et doit le conserver jusqu'à nouvel ordre » (1). Il est certain qu'à considérer le texte seul, on pourrait croire que le législateur reconnaît à chaque époux un droit sur le nom du conjoint. Si les époux séparés de corps peuvent s'interdire de porter leurs noms réciproques, n'est-il pas logique de conclure à l'existence d'un droit exercé avant la séparation ?

Cependant cette interprétation n'est pas exacte. Quelques lignes des travaux préparatoires mettront cette idée en pleine lumière. Lors de la discussion du texte qui interdit au mari séparé de joindre à son nom celui de sa femme, M. Clément fit une objection qui pouvait s'appliquer à toutes les hypothèses, d'une façon générale, aussi bien au nom du mari

(1) Lallier.—De la propriété des noms et des titres, p. 197, note.

pris par la femme, qu'au nom de la femme pris par le mari : « Je crains, disait-il, que de cette interdiction adressée au mari séparé de corps d'ajouter à son nom celui de sa femme, on cherche à induire désormais que lorsqu'il n'y a pas séparation de corps le mari aura le droit, d'une manière générale, de joindre à son nom celui de sa femme. Ce serait une innovation considérable..... » (1). A quoi M. Allou répondit que la disposition visée n'avait pas cette portée. « Lorsque, dit-il, nous nous trouvons en présence d'une situation, qui d'après les habitudes de certaines provinces autorise le mari, ou semble l'autoriser à prendre le nom de sa femme, nous avons voulu statuer en cas de séparation de corps et nous avons dit : le mari n'aura pas le droit de conserver le nom de sa femme..... Nous ne constituons pas le droit d'établir une situation inverse, de manière que le mari puisse dire : Puisqu'on m'a interdit de prendre le nom de ma femme, j'avais le droit de le porter » (2).

En un mot, le législateur déclare qu'il se trouve en présence d'une simple habitude, et qu'il ne statue que pour le cas de séparation de corps ; c'est donc que cet usage ne crée pas un droit pour les époux et qu'on n'a pas voulu s'occuper de la question au cas de mariage. Mais l'usage avait pris une telle extension, que pour éviter les difficultés, le législateur a cru devoir intervenir.

(1) Clément. — J. O. Sénat, déb. parl., 1887, p. 37, col. 3.

(2) Allou. — J. O., Sénat, déb. parl., 1887, p. 38, col. 2

Section II

EXPLICATION DES DISPOSITIONS CONCERNANT LE NOM DES ÉPOUX SÉPARÉS DE CORPS

Les raisons pour lesquelles la perte du nom ne résulte pas de plein droit de la séparation de corps nous sont connues. Mais les rédacteurs de la loi, après avoir rendu aux époux divorcés l'usage exclusif de leur nom de façon obligatoire et de plein droit, après avoir décrété d'autre part la nécessité d'une intervention judiciaire au cas de séparation de corps, ont considéré leur tâche comme terminée, et remis à l'interprète le soin de trancher les quelques questions que soulèvent les nouvelles dispositions. Parcourons tout d'abord les trois hypothèses que fait naître la séparation de corps, relativement au nom des époux.

Première hypothèse. — « *Le jugement qui prononce la séparation de corps ou un jugement postérieur peut interdire à la femme de porter le nom du mari.* » L'usage général veut que la femme mariée prenne le nom du mari. Après la séparation de corps, si la femme veut conserver ce nom, aucune difficulté ne se présente, lorsque le mari y consent, ou ne dit rien. Si le mari s'y oppose, l'inter-

vention du tribunal est nécessaire. Le mari peut saisir le tribunal quelle que soit l'époque à laquelle la femme ait commencé à porter ce nom. Telle est la première hypothèse, elle ne soulève aucune question spéciale.

Deuxième hypothèse. — « *Le jugement qui prononce la séparation... peut... l'autoriser à ne pas le porter.* » La femme ne veut pas continuer à porter le nom du mari; elle doit solliciter l'autorisation du tribunal. Cette disposition existait dans le projet de loi présenté en 1884 par MM. Allou, Batbie, etc. Le Conseil d'Etat la supprima comme inutile : rétablie par le Sénat, elle fut insérée dans la loi, sans que personne ait demandé sa suppression. Cette disposition était logique dans le système préféré du Sénat, système d'après lequel la femme acquiert par le mariage le nom du mari.

Toutefois M. Allou a justifié sa proposition d'une autre façon : « Il ne dépend pas de la femme séparée de prendre ou de ne pas prendre le nom de son mari, il pourrait y avoir de graves inconvénients à le supprimer sans autorisation de justice » (1). Quels sont donc ces graves inconvénients ? En changeant de nom sans autorisation, la femme pourrait induire les tiers en erreur, et se trouverait par suite dans l'obligation de les indemniser du préjudice dont elle est la cause : des dommages-intérêts seraient dûs si les tiers avaient été trompés sur l'identité de la femme par exemple ou sur le crédit que leur inspirait le nom nouvellement adopté par la femme. Les tribunaux ont été jusqu'à considérer

(1) Allou. — J. O., Sénat, doc. parl., 1886, n° 21, p. 376.

comme une manœuvre constitutive de l'escroquerie, ce changement de nom. Telles sont les raisons pour lesquelles il était utile de rendre publique cette modification dans la situation de la femme.

Si le mari consent à ce que la femme change de nom, le tribunal n'a qu'à constater l'accord des parties en cause. Si le mari refuse, le tribunal interviendra avec un pouvoir que nous déterminerons plus loin.

Un autre cas est à prévoir. La femme peut sans avoir demandé ou obtenu l'autorisation, se comporter en fait comme si elle en était nantie et cesser de porter le nom du mari, placer son commerce ou son industrie sous son nom de fille, signer ses œuvres littéraires ou artistiques, ses engagements civils ou commerciaux de son nom patronymique. Quelle est alors la sanction ?

Sans nul doute les tiers ont une action en dommages-intérêts pour la réparation du préjudice dont ils peuvent justifier. Mais le mari peut-il obtenir toujours une indemnité ? Nous ne voyons pas sur quoi il pourrait baser sa demande en l'absence de préjudice. En fait, les tribunaux pourront souvent trouver dans l'abandon du nom du mari par la femme, un dommage moral, une atteinte portée à la considération du mari, nécessitant une réparation. Mais en l'absence de préjudice matériel ou moral, le mari serait, croyons-nous, désarmé. Le législateur n'a pas voulu établir de peines entre époux ; il a jugé suffisante, l'éventualité de dommages-intérêts en cas de préjudice appréciable et repoussé toute sanction pénale (1).

(1) Voir rapport Flourens. — Sénat, doc. parl., 1886, p. 377.

Troisième hypothèse. — « *Dans le cas où le mari aurait joint à son nom le nom de sa femme, celle-ci pourra également demander qu'il soit interdit au mari de le porter.* » Ce paragraphe qui n'existait pas dans le projet fut ajouté par le Conseil d'Etat et formulé dans les termes suivants : « Il peut être également interdit au mari de joindre à son nom celui de sa femme. » M. Clément crût devoir critiquer cette rédaction. Nous ne reviendrons pas sur le danger par lui signalé de reconnaître indirectement au mari un droit formel sur le nom de la femme. Nous rechercherons seulement le sens du texte élaboré par le Conseil d'Etat. Commentant ce paragraphe, M. Allou, rapporteur, avait dit : « La disposition que nous vous proposons n'est pas, en effet, la reconnaissance en principe du droit du mari de joindre à son nom celui de sa femme, mais seulement la possibilité pour les tribunaux de donner une autorisation de cette nature » (1). M. Clément protesta à juste titre contre cette interprétation. Les tribunaux ne sont pas établis en effet, pour donner des autorisations, mais pour trancher des différends et proclamer les droits existants, non pour en créer.

Le Conseil d'Etat, contrairement à l'opinion de M. Allou, n'avait pas voulu donner aux tribunaux la faculté d'autoriser le mari à porter le nom de sa femme, mais visait la faculté toujours ouverte à la femme d'agir contre son mari pour le lui interdire, le tribunal n'intervenant que pour enregistrer cette volonté qui s'impose à lui, sans pouvoir en ap-

(1) Allou. — J. O., Sénat, 1887, p. 33, col. 1, Séance du 20 janv.

précier les raisons déterminantes. Aussi, pour faire saisir la différence entre les deux interprétations possibles, M. Clément posa la question suivante : « Est-ce que vous admettez que le tribunal pourra, sans le consentement et malgré l'opposition de la femme, accorder au mari le droit de continuer à prendre le nom de sa femme ».

M. Allou : « Non manifestement, c'est l'exercice d'un droit de la femme résultant de la propriété de son nom ».

M. de Kerdrel : « La rédaction est mauvaise ».

M. Allou : « La demande de la femme ne peut être refusée quand un texte formel vient dire qu'il peut être également interdit au mari de joindre son nom à celui de sa femme » (1).

Ce commentaire non équivoque fut suivi de la modification du texte de façon à ne plus laisser de doute sur son sens et sa portée : il en résulte que la femme reste libre d'engager le débat et qu'il n'est pas possible au tribunal de repousser sa demande.

Une autre situation peut-être envisagée. Nous avons vu que la femme qui voulait abandonner le nom du mari dont elle est séparée de corps, devait être autorisée par le mari ou le tribunal. Le mari qui ne veut plus joindre à son nom celui de sa femme sur ses factures, son enseigne, ses livres, devra-t-il pour cela solliciter l'autorisation? Nous ne le croyons pas, parce que les travaux préparatoires ne font même pas allusion à cette hypothèse et que les dispositions concernant la femme sont ex-

(1) Clément, Allou. — J. O., Sénat, déb. parl., p. 39, col. 3.

ceptionnelles, par suite ne doivent pas recevoir d'interprétation extensive. Le mari peut donc sans autorisation abandonner le nom de sa femme, qu'il avait jusque-là joint au sien.

Telles sont les trois hypothèses prévues par le texte de l'art. 311. Le laconisme du législateur sur ce sujet soulève quelques questions sur lesquelles l'interprète de la loi doit prendre position et donner son avis, ce que nous allons faire.

La première qui se présente à l'esprit est celle de savoir de quelle façon les tribunaux interviennent, s'ils sont liés par la volonté de l'époux demandeur ou au contraire s'ils jouissent d'un pouvoir discrétionnaire? Il est tout d'abord, nous venons de le voir, une hypothèse pour laquelle la question a été dans les travaux préparatoires, résolue de façon formelle. La femme qui veut interdire au mari de porter son nom à elle, ne s'adresse aux tribunaux que pour faire enregistrer en quelque sorte sa volonté. Ils doivent nécessairement déférer à la demande qui leur en est faite. Cette opinion est d'autant plus certaine que le texte a été remanié pour lui donner ce sens qu'il n'avait pas auparavant, d'après M. Clément. Mais dans les deux autres hypothèses, la controverse est possible, en l'absence d'une disposition formelle de la loi.

Si l'on part de cette idée que le mariage ne crée pas pour la femme un droit au nom du mari, que l'usage dont s'agit n'a aucune force légale, on est amené logiquement à dire : la femme qui n'avait aucun droit pendant le mariage n'en a pas davantage après la séparation : le mari qui pou-

vait légalement interdire à sa femme le port du nom marital avant la séparation, jouit encore après du même droit ; les tribunaux appelés à trancher le différend, se trouvent dans l'obligation de reconnaître ce droit du mari, sans pouvoir apprécier les motifs de la demande.

D'autre part, la lettre du texte est la même pour les trois hypothèses. L'art. 311 dit en effet, pour les deux premières : « Le jugement peut interdire » et pour la troisième : « La femme pourra également demander qu'il soit interdit ». Or, dans ce dernier cas, les tribunaux ne jouissent pas d'un pouvoir discrétionnaire : puisque la rédaction est la même, pourquoi distinguer : ce qui a été résolu pour la troisième hypothèse, doit s'appliquer aux deux autres en principe ; d'ailleurs, quelles raisons pourrait-on invoquer pour placer le mari et la femme dans une situation légale différente et refuser, en matière de nom, au mari contre la femme, un droit absolu que l'on accorde à la femme contre le mari ?

Malgré toutes ces raisons, nous préférons l'opinion qui donne aux tribunaux un pouvoir d'appréciation. Nous ne pouvons sûrement partir de cette idée que le mariage ne confère aucun droit à la femme sur le nom du mari, puisque la question est encore discutée et n'a pas été tranchée par le législateur. Sans doute ce système paraît bien avoir eu les préférences de la Chambre, mais il est non moins certain que l'intention du législateur a été de tenir compte de cet usage, sinon légal, du moins général et traditionnel du mariage : la preuve en est qu'il a cru utile de légiférer sur cette matière du nom ; si d'autre part, nous rappelons les raisons

pour lesquelles la perte du nom ne résulte pas de plein droit de la séparation de corps, nous voyons qu'il en est ainsi parce que la solidarité du nom peut être tantôt pénible et intolérable, tantôt juste et avantageuse. Que conclure de ceci, sinon que la volonté du législateur a été de donner au mari un moyen de défense contre les abus dont la femme pourrait se rendre coupable, relativement au nom du mari; mais « il ne doit pas dépendre du mari de rejeter par pur caprice, un effet sinon légal, au moins traditionnel du mariage; et d'ailleurs, de quelle utilité serait-il qu'il pût, sans avoir à déduire les motifs de sa demande, contraindre une femme irréprochable à quitter un nom dignement porté? » (1) En l'absence d'un intérêt moral suffisant, le juge refusera de prononcer une défense de ce genre. Dans l'opinion contraire, ce serait infliger sans raison sérieuse, un affront public à la femme.

Un passage du rapport de M. Flourens est entièrement favorable à ce système : « L'interdiction, dit-il, ne doit donc pas être édictée de plein droit, mais seulement lorsqu'il résulte de l'examen de l'affaire qu'elle est commandée par un intérêt supérieur » (2). De même M. Arnault nous dit : « Le jugement peut interdire à la femme de porter le nom du mari. Il faut, pour cela, des conclusions spéciales du mari, et le tribunal n'est pas obligé d'y déférer; il reste juge, il conserve son pouvoir d'appréciation.... Le jugement peut autoriser la femme à ne pas porter le nom de son mari. Il faudra des conclusions spéciales de la femme demandant cette

(1) Cabouat. — Explication de la loi ..., p. 119.

(2) Rapport Flourens. — Sénat, doc. parl., 1886, p. 377.

autorisation et les juges pourront l'accorder ou la refuser » (1). La jurisprudence se forme en ce sens (2).

On peut objecter que l'on donne à la femme une situation préférable à celle du mari. Nous répondons que cette différence s'explique. Tandis que la femme prend le nom du mari en vertu d'un usage constant et universel, le mari ajoute simplement à son nom celui de la femme dans quelques cas spéciaux, lorsqu'il est commerçant par exemple : le mari ne peut même pas invoquer l'usage commun. D'autre part, le préjudice est de bien moindre importance : la femme se trouve dans l'obligation de quitter le nom, le seul qu'elle portait depuis de longues années peut-être, sous lequel elle était universellement connue pour reprendre son nom de jeune fille, ignoré d'un grand nombre : le mari au contraire n'abandonne qu'un nom accessoire, complément de son nom à lui ; mais en le quittant, il conserve toujours son nom propre, celui qu'il portait avant son mariage, celui sous lequel il était connu de tous, et qu'on savait être son nom patronymique ; il perd l'accessoire tandis que la femme abandonne le principal.

En ce qui concerne la seconde hypothèse, un argument spécial peut être invoqué en faveur du pouvoir discrétionnaire des tribunaux. On concevrait à la rigueur que le mari interdise l'usage de son nom à sa femme séparée, mais on admettrait plus difficilement qu'il lui impose de le porter : la femme peut avoir de justes motifs de ne plus vou-

(1) Arnault. — Examen de la loi..., p. 27, 28.

(2) Voir D. P. — 94, 2, 516.

loir se parer d'un nom déshonoré peut-être ; il serait absurde et injuste de faire le mari juge du différend et d'imposer sa volonté aux tribunaux.

Nous concluons donc que pour les deux premières hypothèses de l'art. 311 les tribunaux jouissent d'un pouvoir d'appréciation illimité.

L'époux qui se voit interdire le nom de son conjoint, peut subir de ce chef un grave préjudice. La femme, par exemple, exerçait un commerce lucratif sous le nom du mari ; elle publiait des œuvres littéraires ou artistiques renommées. Peut-elle demander à son mari réparation de la perte des nombreux avantages dont cette interdiction est la cause ? La loi n'ouvre aucun recours de ce genre ; d'autre part, permettre l'attribution de dommages-intérêts en ce cas serait annihiler en fait l'article 311, al. 1 ; la femme ne peut que s'en prendre à elle-même d'avoir acquis quelque célébrité sous un nom qui n'est pas le sien, et qu'elle savait pouvoir lui être enlevé par la séparation de corps. Nous hésiterions peut-être à décider ainsi, si nous avions refusé aux tribunaux un pouvoir d'appréciation en matière d'interdiction du nom du conjoint parce qu'alors le pur caprice et l'esprit de tracasserie eût été à craindre de la part du mari ; l'intervention libre de la justice nous est un sûr garant que cette éventualité ne se produira pas.

D'ailleurs, il est pour les époux deux moyens de se protéger contre ces effets de la séparation de corps. Le premier est pour la femme de se faire connaître au début sous son nom de jeune fille ; pour le mari de ne pas ajouter à son nom celui de sa femme. Le second est de prévoir cette situation

dans le contrat de mariage ou même après et de stipuler pour les époux le droit de porter après la séparation un nom qui n'est pas le leur, bien qu'il soit connu du public comme leur appartenant. Cette cession éventuelle du nom à titre de raison sociale ou de pseudonyme tout au moins est parfaitement autorisée par la loi.

« Désormais, dit M. Arnault, dans les projets, dans les contrats de mariage, il faudra tenir compte du divorce, tout comme on tenait déjà compte de la mort. Cela se fera d'une façon plus ou moins discrète et voilée, mais il sera difficile de négliger cette perspective. Ainsi la femme, fondant un établissement de commerce, n'oubliera pas cette éventualité possible et ne placera plus tout son avenir dans le seul nom du mari » (1).

Cette convention entre époux ne doit-elle pas être sous-entendue, lorsque la femme a fait le commerce pendant le mariage sous le nom du mari ? On sait en effet que dans ce cas, la femme acquiert sur ce nom une sorte de copropriété que la jurisprudence lui conserve notamment pendant le veuvage, en vertu de cette règle qu'un commerçant, un artiste, un écrivain peuvent s'approprier par un usage prolongé le nom d'un tiers, à titre de nom supposé ou de pseudonyme. A ce titre, la femme veuve, divorcée ou séparée de corps ne pouvait avant 1893, se voir interdire l'emploi du nom du mari. La loi nouvelle a-t-elle modifié cette situation pour les deux dernières ?

Nul doute en cas de divorce, les travaux

(1) Arnault. — Examen de la loi..., p. 25.

préparatoires ont tranché cette question : et nous croyons que les raisons de décider sont les mêmes pour la séparation de corps. Il n'y a donc plus lieu désormais pour la femme séparée de corps, de distinguer si l'acquisition du nom du mari a eu lieu à titre de nom de famille ou à titre de nom commercial, de pseudonyme, de nom de théâtre. Dans tous les cas, la femme séparée, commerçante, écrivain ou artiste, peut être empêchée par les tribunaux de porter le nom du mari, sur la demande de celui-ci. La situation est la même pour le mari qui aurait joint à son nom, celui de sa femme.

Il en serait autrement si l'un des époux se rendait adjudicataire du fonds de commerce dépendant de la communauté qui avait existé entr'eux. Il jouirait alors au même titre qu'un tiers, des droits attachés à son acquisition et notamment du nom qui servait d'enseigne : il aurait ainsi en fait le droit de prendre le nom de son conjoint à titre de nom commercial, mais à la condition de se présenter lui-même comme successeur (1). Ici le droit de l'époux naît de la cession du fonds, et non de l'usage en vertu duquel chaque conjoint jouit du nom de l'autre.

Dans le cas où l'un des époux ne peut plus porter le nom de l'autre, ne peut-il pas tout au moins faire suivre son propre nom de la mention « mari ou femme séparé de X. » ?

Nous n'hésitons pas à répondre affirmativement : dans les actes importants, les actes publics par

(1) Cf. Lallier. — Propriété des noms, n° 218, p. 411. — Caen, 23 février 1881, S. 81, 2, 133.

exemple, la femme mariée figure sous son nom patronymique suivi de la mention, « femme de un tel. » Les usages du notariat sont à cet égard bien établis. La femme séparée y figurera donc encore sous son nom de fille, accompagné de la mention « femme séparée de X ». Ce n'est pas là pour la femme prendre le nom du mari : l'indication du nom du mari a pour but de préciser l'état civil, la capacité, le statut personnel de la femme.

La question est plus délicate en ce qui concerne les actes de la vie courante, les relations mondaines, enseignes, cartes de visite, factures, livres, etc. Il y a ici à craindre que la femme n'use de ce droit à titre de représailles, pour jeter le déshonneur et la déconsidération sur le nom du mari. Nous pensons néanmoins qu'elle en a le droit. Un jugement du tribunal de Nantua admet la solution contraire au cas de divorce : « Attendu qu'il est évident, dit-il, que la dame R... n'a pas le droit de s'intituler ex-femme C... car le nom de son mari ne lui appartient pas » (1). Ce considérant ne nous convainc pas ; sans doute le nom du mari n'appartient pas à la femme, mais la question est précisément de savoir si c'est prendre le nom du mari que de s'intituler « femme divorcée de X. ». Cette mention indique simplement le fait du mariage, un élément de la personnalité de la femme, de son état civil. Sans doute l'utilité d'agir ainsi n'apparaît pas ici comme elle apparaît dans les actes juridiques ; mais nous ne voyons pas pour quelles raisons on interdirait à la femme de faire savoir

(1) Nantua. — 18 février 1891, S. 92, 2, 58.

à qui veut l'entendre, qu'elle est l'épouse divorcée de X, comme elle peut annoncer qu'elle est la fille légitime de Madame Y, dont elle ne peut cependant porter le nom.

Cette solution est adoptée par M. Arnault (1) pour la femme divorcée. Nous l'étendons à la femme séparée de corps pour les mêmes motifs. C'est l'opinion qu'émet M. Flourens dans son rapport : « La femme séparée ne pourra plus, si l'interdiction est prononcée, prendre le nom de son mari, mais elle devra dans les actes juridiques, elle pourra dans tous les cas, se qualifier femme séparée de M. un tel » (2). M. Flourens oppose les actes juridiques aux actes de la vie courante, et pour les uns comme pour les autres, il reconnaît le droit de la femme. Réciproquement le mari pourra se dire ex-mari séparé de X : les raisons de décider ainsi sont les mêmes.

Il pourrait arriver que cette qualification fût de nature à constituer un acte de concurrence déloyale, lorsque les époux séparés font tous deux le même commerce. La chose est d'autant plus facile à prévoir que la femme séparée de corps peut aujourd'hui faire le commerce sans autorisation. Il faudrait alors faire la part des principes qui régissent la concurrence déloyale : des dommages-intérêts seraient certainement dus : quant à la suppression des mots : ex-femme divorcée de X, nous pensons

(1) Arnault. — « La femme sera réduite à mettre sa maison de commerce sous la rubrique de son état civil : une telle, épouse divorcée d'un tel ; ainsi elle conservera le nom commercial, en le faisant précéder du sien. » Examen de la loi, p. 25.

(2) Flourens. — J. Off., Sénat, doc. parl., 1886, p. 378.

que les tribunaux pourraient l'ordonner, en tant qu'elle est rendue nécessaire par la concurrence déloyale, et dans les limites de cette nécessité. La situation est la même dans le cas où la femme a été autorisée tacitement par son mari ou expressément par les tribunaux à garder le nom du mari après la séparation ; elle ne peut se baser sur cette autorisation pour faire à son mari une concurrence déloyale, si celui-ci a entrepris le même commerce. Les tribunaux pourront imposer à la femme telles conditions qu'ils jugeront nécessaires pour prévenir toute confusion entre les deux maisons (1).

Nous avons vu plus haut que dans certains cas, les époux séparés pouvaient encore porter le nom de leur conjoint après la séparation. Cela a lieu en vertu de l'autorisation tacite donnée par l'époux intéressé qui garde le silence et ne porte aucune demande devant le tribunal, ou en vertu de l'autorisation expresse donnée par la justice, lorsqu'elle repousse la demande du mari qui veut interdire l'usage de son nom à sa femme, ou de la femme qui sollicite l'autorisation de ne plus porter le nom du mari. Quelle est donc la nature du droit conféré par cette autorisation tacite ou expresse ?

On aurait tort de conclure que l'époux acquiert dans ce cas sur le nom du conjoint un droit différent de celui qu'il avait auparavant. L'abstention de l'époux propriétaire du nom, la tolérance par lui laissée, le jugement du tribunal ne changent pas la nature de l'usage en vertu duquel le mari ou la femme prennent un nom qui n'est pas le leur. L'époux ainsi

(1) Cf. Caen. — 20 janvier 1860, S. 61, 2, 73.

autorisé n'a pas un droit plus étendu sur le nom du conjoint, il n'en acquiert pas la propriété, mais en conserve simplement l'usage tel qu'il l'avait avant la séparation.

Cela est si vrai qu'à tout instant un jugement peut intervenir, accordant à l'époux intéressé demandeur, ce qu'un précédent jugement lui avait refusé, interdire par exemple à la femme l'usage du nom du mari, que le silence de celui-ci ou un précédent jugement lui avait laissé. Jusqu'à l'interdiction prononcée, un époux a donc sur le nom du conjoint les mêmes droits, les mêmes avantages qu'avant la séparation, rien de plus, rien de moins.

Il nous reste à examiner pour terminer, une question d'une haute importance. Quelle est la sanction donnée aux dispositions qui précèdent sur le nom des époux séparés de corps ? Quelles sont les conséquences de la violation de l'art. 311, pour l'époux qui s'en rend coupable ?

M. Paris avait en 1885 proposé d'édicter une sanction pénale contre ceux qui violeraient l'art. 311. L'amendement par lui présenté était ainsi conçu : « Le jugement qui prononce la séparation de corps peut interdire à la femme de prendre le nom de son mari, ou au mari de joindre à son nom le nom de sa femme, sous les peines édictées par l'article 259 § 2 du Code pénal » (1). Cet amendement pris en considération fut rejeté par le Sénat. Le Conseil d'Etat repoussa à son tour le principe d'une sanction pénale : « Le Conseil d'Etat, écrit M. Flou-

(1) Amendement Paris.—J. Off., Sénat, déb. parl., 1885, 17 juin, p. 704, col. 1.

rens n'a pas pensé qu'il y eût lieu d'ajouter à ces prohibitions la garantie de sanctions pénales. L'éventualité de dommages-intérêts constituera une sauvegarde suffisante et il n'y a pas lieu d'inviter les époux à engager ces actions, alors qu'ils ne pourraient pas justifier d'un préjudice appréciable » (1). La sanction pénale écartée, il résulte du rapport précité et des principes généraux du Droit que la sanction civile a été tacitement admise. Une condamnation à des dommages-intérêts pourra être encourue en vertu de l'article 1382 du C. C.

Cette solution est satisfaisante. L'usurpation d'un nom sans droit et en vue de s'attribuer une distinction honorifique, constitue bien un fait délictueux. Mais quand un époux porte le nom de l'autre, il n'y a pas à proprement parler usurpation de nom sans droit ; il ne s'agit pas d'acquérir la propriété du nom, mais la possession, l'usage que confère une habitude générale : il s'agit bien moins encore de s'attribuer une distinction honorifique. Le législateur a donc eu raison de ne pas assimiler deux situations si différentes, et de ne pas faire un délit pénal, d'un fait qui constitue tout au plus un délit civil. L'ordre public n'a rien à voir dans cette question ; l'intérêt privé seul de l'époux propriétaire du nom est en jeu. La possibilité d'une réparation pécuniaire pour le préjudice occasionné est une sanction bien suffisante.

Il ne faut pas se dissimuler que cette sanction sera parfois d'une application difficile, parceque la constatation du fait sera souvent malaisée. Il ne

(1) Flourens. — Sénat, doc. parl., 1886, p. 378.

s'agit point ici en effet des actes juridiques dans lesquels la femme apparaît toujours sous son nom patronymique suivi de la mention femme séparée de X. Il reste alors les actes de la vie courante, les relations mondaines. Or ce sont les tiers qui le plus souvent donnent à la femme le nom qu'elle porte : quelle sera donc la part de responsabilité qui incombera à celle-ci dans le fait de cette désignation, qui est plus ou moins son œuvre personnelle. M. Brisson avait prévu cette situation dès la première délibération. « Vous n'allez pas, je pense disait-il, légiférer sur de simples cartes de visite, vous n'empêcherez ni par des dispositions de loi, ni par des prescriptions judiciaires, d'appeler une femme du nom de son mari, même lorsqu'elle s'en sera séparée, même lorsqu'elle sera divorcée » (1).

Les dispositions de la loi nouvelle sont-elles donc inefficaces ? Il est une catégorie d'hypothèses dans lesquelles l'infraction pourra être constatée : cette preuve résultera par exemple de l'enseigne commerciale, de la signature d'une œuvre littéraire ou artistique, de cartes de visites même. Dans ces cas, l'intention de violer la loi ou le jugement est manifeste, parceque les actes cités ne sont pas l'œuvre des tiers. La femme par exemple qui fait à son mari une concurrence déloyale, ou expose son nom aux chances de la faillite ; qui donne à ce nom une publicité de mauvais aloi en le portant au théâtre ou en signant des écrits peu recommandables tombe sous le coup d'une sanction possible.

Il est donc des cas dans lesquels la constatation

(1) Brisson. — J. Off., Sénat, déb. parl., 1885, p. 679, col. 3.

de l'infraction sera chose facile ; c'est pour ceux-là que la prohibition a été édictée. Mais alors une autre difficulté se présente. Comment apprécier le préjudice souffert ? En matière commerciale, la chose sera facile ; s'il s'agit par exemple de concurrence déloyale, il sera toujours possible de déterminer l'importance du dommage. Mais dans les autres cas, signature d'une œuvre littéraire, carte de visite, quel est le préjudice ?

Il est certainement minime. Tout au plus la contrariété, l'irritation qu'engendre un fait désagréable ; le plus souvent point de préjudice moral, encore moins pécuniaire. Une condamnation doit être cependant prononcée, croyons-nous. « Outre que le fait de la contravention, dit M. Cabouat, dénote chez celui qui l'a commise, l'intention arrêtée de méconnaître ses obligations, ce fait contient, en lui-même, violation du droit d'autrui, un tort dont il devrait toujours être donné à l'époux demandeur une réparation judiciaire, ne fût-ce que pour faire compensation au froissement qu'il a subi et le détourner par la concession d'une indemnité pécuniaire, de la nécessité antisociale de se faire justice à lui-même par des représailles » (1). Nous concluons donc que toute violation de l'interdiction de porter le nom du conjoint, prononcée contre un époux, peut servir de base à une condamnation en dommages-intérêts.

(1) Cabouat. — Explication de la loi, p. 124.

CHAPITRE IV.

LÉGISLATION COMPARÉE

« Les études de droit comparé, dit M. Guillouard, prennent de nos jours une extension très heureuse et dont les résultats sont et seront des plus féconds : grâce à la connaissance des législations étrangères, les lois des peuples s'améliorent les unes par les autres ; l'œuvre du jurisconsulte d'abord, du législateur ensuite, se prépare et c'est avec la sécurité d'une expérience déjà faite en pays étranger qu'une nation peut modifier ses lois » (1). Il en a été ainsi pour la loi du 6 février 1893. Le législateur français avant d'opérer la réforme importante de la capacité de la femme séparée de corps, a pu se reporter aux lois étrangères sur la matière et il s'y est en effet reporté, ainsi que le témoignent les travaux préparatoires. Il a vu que de jour en jour, augmentait le nombre des lois étrangères, qui comme la loi nouvelle, émancipent la femme mariée séparée de corps ou non, de l'autorisation maritale. C'est à l'examen de ces législations que nous consacrons le dernier chapitre de cette étude qui comprendra aussi quelques notions de droit comparé relatives au nom de la femme mariée, séparée de corps ou divorcée.

(1) Guillouard. — Préface du Code civil portugais, traduit par Lepelletier.

Section I

NOM

La loi française ne contient aucune disposition concernant le nom des époux pendant le mariage. Elle ne tranche pas expressément la question de savoir si la femme par le mariage acquiert le droit de substituer à son nom le nom du mari, si le mari est en droit de joindre à son nom celui de sa femme. L'usage seul règle cette matière.

En général, il en est autrement dans les législations étrangères. La loi détermine dans des dispositions spéciales les droits et les devoirs de chaque époux, à ce sujet, pendant et après le mariage. On peut résumer ces dispositions de la façon suivante. La femme par le mariage acquiert le nom du mari ; c'est un effet civil du mariage, qui demeure jusqu'à la dissolution de l'union conjugale.

Ainsi, LE CODE CIVIL ITALIEN, dans l'article 131, déclare que : « Le mari est chef de la famille ; la femme suit sa condition civile ; elle en prend le nom ; elle est obligée de le suivre partout où il croit opportun de fixer sa résidence » (1). Ce nom du mari, la femme le conserve toujours, parce qu'en Italie le divorce n'existe pas et que la séparation, ne dissolvant pas le mariage, ne peut, dans le silence de la loi, le lui enlever.

(1) *Huc et Orsier.* — Le Code civil Italien, 2^e v. Traduction du Code,

En ANGLETERRE, la même théorie est insérée dans un texte formel; la femme acquiert en se mariant, le nom du mari, mais le divorce l'oblige à reprendre son nom de jeune fille (1).

En PRUSSE, il en est de même; mais le divorce produit des effets particuliers en notre matière. La femme demanderesse en divorce et qui l'a obtenu contre son mari peut conserver le nom de son conjoint ou se dire veuve, ou reprendre son nom de jeune fille. La femme défenderesse, qui a succombé dans l'instance, doit au contraire, pour continuer à porter le nom du mari, obtenir son autorisation.

Le CODE CIVIL SAXON contient une disposition pour le cas de divorce. Bien que le mariage soit dissous, la femme divorcée conserve la position sociale et le nom de son mari tant qu'elle ne contracte pas un nouveau mariage (art. 1748) (2).

L'AVANT-PROJET DU CODE CIVIL ALLEMAND part du même principe. « La femme prend le nom de famille de son mari » (art. 1274). Mais le divorce ne le lui enlève pas : « La femme divorcée conserve le nom de famille de son mari » (art. 1455) (3). La raison de cette disposition, qui semble peu logique, puisque l'effet survit à la cause, se trouve dans l'organisation allemande de la publicité des contrats; on a voulu, pour éviter que les tiers ne soient induits en erreur, que la femme inscrite sur le livre foncier sous le nom de son mari, conserve ce même nom après le mariage.

(1) Lehr. — *Éléments de Droit civil anglais*, p. 61.

(2) Glasson. — *Le Mariage civil et le Divorce*, p. 140.

(3) *Avant-projet du Code civil Allemand*. — Traduction par R. de la Grasserie.

Des lois récemment votées en SUÈDE et en DANEMARK, contiennent des dispositions relatives au nom commercial. La veuve qui continue l'exploitation de son mari défunt ou le mari qui continue le commerce ou l'industrie exercée par sa femme avant ou pendant le mariage, peuvent se servir de la raison sans la modifier. (Loi du 13 juillet 1887 sur les registres de commerce, les raisons de commerce et les procuras. — Loi du 1^{er} mars 1889 pour le Danemark (1). Il résulte de cette disposition que chacun des époux acquiert sur le nom de son conjoint, un véritable droit, en ce qui concerne le commerce.

En BELGIQUE, où le Code Civil Français est en vigueur, la législation ne présente rien de particulier, relativement au nom de la femme mariée. On décide généralement qu'après le divorce, la femme n'a plus le droit de porter le nom du mari, parce qu'alors « il n'y a plus d'époux » (2).

En SUISSE (3), dans le CANTON DE SAINT-GALL, nous rencontrons une législation récente et complète sur le nom de la femme après la dissolution du mariage. La loi du 4 janvier 1887 contient, en effet, les dispositions suivantes : « La dissolution du mariage n'opère aucun changement dans les droits civiques (de bourgeoisie) de la femme ».

Si elle résulte de la mort du mari, la veuve garde le nom de ce dernier. Si elle résulte d'un

(1) Annuaire de législation étrangère; 1888. — Loi du 13 juillet 1887, art. 11, p. 725. — 1890. Loi du 1^{er} mars 1889, art. 11, p. 726.

(2) Laurent. — Principes de Droit civil, III, n° 287.

(3) Le Code civil du Canton de Glaris, déclare expressément que la femme par le mariage prend le nom de famille du mari (art. 44, 168). Annuaire de lég. étrangère, 1875, p. 517.

jugement de divorce ou de nullité, la femme reprend son nom de fille (art. 21 de la loi de procédure sur la matière du 13 janvier 1879). Il en est de même de la veuve remariée dont le nouveau mariage est dissous par divorce ou nullité.

La séparation de corps ne change rien aux droits civils, ni au nom de la femme » (1).

Le Code Civil du CANTON DES GRISONS dans son article 51 adopte la solution contraire. « Les femmes séparées aussi bien que les veuves conservent le droit de bourgeoisie du mari ; ces dernières en outre son nom de famille » (2). Ce qui implique pour la femme séparée la perte du nom du mari.

Toutefois il importe de remarquer à ce sujet que la séparation de corps temporaire seule a été conservée par la Loi fédérale du 24 décembre 1874 et que par suite notre disposition n'a plus grande application.

Dans le CANTON DE LUCERNE, la loi du 26 novembre 1880 sur la puissance maritale contient un article 26 ainsi conçu : « La femme divorcée garde le droit de bourgeoisie du mari ; mais elle reprend son nom de famille » (3).

Enfin, la législation du BRÉSIL en notre matière mérite d'être signalée, parce qu'elle établit une sanction pénale. La loi du 24 janvier 1890 déclare que « la femme séparée de corps ne peut plus porter le nom de son mari sous les peines portées par le Code pénal » (4).

(1) Saint-Gall. — Annuaire de législation étrangère, 1888, p. 688.

(2) Grisons. — Code civil du canton des Grisons, traduit par R. de la Grasserie.

(3) Lucerne. — Annuaire de législation étrangère, p. 486, année 1881.

(4) Brésil. — Annuaire de législation étrangère, 1891, p. 929.

Section II

CAPACITÉ

Les partisans du principe de la pleine capacité de la femme séparée de corps, n'ont pas manqué, au cours de la discussion, dont la loi nouvelle a été l'objet, d'invoquer à l'appui de leur opinion, le témoignage des législations étrangères dont les dispositions sont favorables à la liberté de la femme. Ils voulaient ainsi entraîner l'adhésion de leurs collègues, en leur montrant que l'exercice de la capacité civile n'était pas pour la femme séparée, une chose absolument nouvelle et que le législateur français pouvait sans arrière-pensée suivre cet exemple et profiter ainsi d'une expérience qui n'avait donné jusqu'à ce jour, que d'excellents résultats.

Nous allons consacrer quelques lignes à l'examen des lois étrangères concernant notre sujet ; nous laisserons de côté les législations dans lesquelles la puissance maritale est encore un principe, auquel on n'a pas osé toucher ; toute notre attention se portera au contraire sur celles qui ont donné à la femme mariée, séparée ou non, une liberté et une capacité plus grandes que celles dont jouissait la femme séparée de corps avant la loi du 6 février 1893.

La loi Italienne a fourni à M. Bardoux la distinction qui formait la base de son amendement, d'après lequel seule la femme qui avait obtenu la séparation contre son mari recouvrait son entière capacité. C'était là un progrès sur le système du Code de 1804, mais un progrès relatif et limité ; aussi exposerons-nous d'abord les législations d'après lesquelles la capacité n'est rendue à la femme que d'après certaines distinctions, réservant pour terminer celles qui lui accordent toujours une liberté absolue de disposer de ses biens.

D'après le CODE ITALIEN de 1865, la femme mariée est incapable comme elle l'est en France. Quelques différences importantes sont cependant à signaler. Le mari peut donner à sa femme une autorisation générale, toujours révocable (art. 134). Dans les cas où il y a opposition d'intérêts entre les époux, le tribunal intervient pour autoriser la femme. Si le mari est mineur, interdit, absent, condamné à certaines peines, la nécessité de l'autorisation est supprimée ; la femme est pleinement capable (art. 135). Il en est de même au cas de séparation de corps prononcée contre le mari. « L'autorisation du mari n'est pas nécessaire, dit l'art. 135, al. 2, si la femme est légalement séparée par la faute du mari. » Mais « si la femme est légalement séparée par sa faute propre, soit par la sienne et celle du mari, soit par mutuel consentement, l'autorisation du tribunal est nécessaire. Le tribunal ne peut accorder cette autorisation si, auparavant, le mari n'a pas été entendu ou cité à comparaître en la Chambre du Conseil, sauf le cas d'urgence » (art. 136) (1).

(1) Hue et Orsier, — Le Code civil Italien, II. Traduction du Code.

Ainsi donc, la loi Italienne distingue trois hypothèses. La séparation a-t-elle été prononcée contre le mari, la femme recouvre son entière capacité. A-t-elle été accordée à la demande du mari et à son profit, la femme reste incapable, et doit solliciter l'autorisation du tribunal ; le rôle du mari se borne à fournir à la justice les explications désirables. Le système Bardoux adopté par le Sénat créait la même distinction, mais dans les cas où la femme restait incapable, elle pouvait à son gré demander à son mari ou demander directement au tribunal par requête, les autorisations dont elle avait besoin. Cette disposition était plus logique que celle du Code Italien, parce qu'elle tenait compte du caractère subsidiaire que doit avoir l'autorisation judiciaire.

La troisième hypothèse suppose la séparation prononcée par la faute de la femme et celle du mari, par suite de leurs torts réciproques. L'autorisation de justice est encore nécessaire dans ce cas. — Le texte de l'amendement Bardoux ne prévoyait pas cette troisième hypothèse. Interrogé à ce sujet, l'auteur de ce système répondit : « Dans ce cas la femme gagne en partie son procès, et elle doit bénéficier de notre amendement. » Nous avons critiqué plus haut cette solution, et nous préférons de beaucoup celle du Code Italien.

Que penser de cette législation concernant la capacité de la femme séparée de corps ? Nous savons déjà les raisons pour lesquelles, le législateur français l'a repoussée : nous nous bornerons à faire ici une simple remarque. En Italie le divorce n'existe pas : les époux malheureux n'ont qu'un moyen de faire cesser la vie commune ; la séparation de corps est

seule admise ; aucune comparaison n'est possible entre les deux institutions et il n'y a pas à craindre que l'infériorité du régime de la séparation pousse les époux désunis vers le divorce. C'est ce qui explique que la séparation de corps, telle que nous venons de la décrire, peut très bien être dans le Code Italien, un régime satisfaisant, et suffisamment libéral, tandis qu'en France, il n'eût pas répondu au but que se proposaient les auteurs de la réforme (1).

Le nouveau CODE CIVIL ESPAGNOL (2), en vigueur depuis le 1^{er} mai 1889, distingue aussi entre la femme innocente et la femme coupable. C'est à ce seul titre que nous citons cette législation, qui bien que récente, restreint dans des limites étroites la capacité de la femme mariée séparée ou non. Les art. 59 et 60 donnent au mari le droit d'administrer, sauf stipulation contraire, les biens de la société conjugale et de représenter la femme. Celle-ci ne peut sans autorisation maritale, ester en justice, acquérir ou aliéner à titre gratuit ou onéreux. En cas de séparation de corps, l'article 73 distingue deux hypothèses. Si la séparation a été prononcée contre la femme, le mari innocent conserve l'administration des biens de la femme et cette dernière n'a plus droit qu'à des aliments. Si le mari a été la cause de la séparation prononcée au profit de la femme, il y a lieu de procéder au partage des biens de la société conjugale, et le mari perd l'administration des biens de son conjoint. La

(1) Gide.— Etude sur la Condition privée de la femme, p. 307.—
Huc et Orsier. Code Civil Italien, I, p. 68. — Glasson. Le Mariage civil et le Divorce, p. 77. Ed. 1879.

(2) Code Civil Espagnol traduit par A. Levé.

femme ne peut alors ni aliéner ni engager pendant le mariage, les immeubles qui lui sont attribués par suite de la séparation, ni ceux dont l'administration lui est remise ; elle doit pour cela obtenir l'autorisation du tribunal, qui, comme en Italie est principale et non subsidiaire de celle du mari (art. 1444). Notre Code ne pouvait que rejeter une législation de ce genre.

Dans les CANTONS SUISSES, la loi multiple et variée est encore dans son ensemble, relativement peu libérale et la femme mariée ne jouit que d'une capacité limitée. Quelques-unes de ces législations lui donnent cependant une situation comparative-ment meilleure à celle que notre Code Civil lui accorde. Ainsi dans le CANTON DE GLARIS, le Code voté en 1870 déclare le mari tuteur de sa femme, et l'autorise à disposer sans réserve des biens qu'elle a apportés en mariage ou qui lui sont échus depuis, sauf restitution de ces apports à la dissolution du mariage.

Toutefois un certain nombre de biens qualifiés propres, appartiennent exclusivement à la femme, elle les administre, en jouit et en dispose sans aucune restriction et en toute liberté. En ce qui concerne la séparation de corps, nous devons remarquer que la Loi fédérale du 24 décembre 1874 (1) a établi le divorce dans toute la Confédération et n'a laissé subsister que la séparation temporaire. Or en cas de séparation de corps, la femme, dans le canton de Glaris, est placée sous la tutelle de l'autorité cantonale.

(1) Glasson. Le Mariage civil et le Divorce, p. 159. — Annuaire de Législation étrangère : Code civil du Canton de Glaris, 1875, p. 517. Art. 48-172 et suivants.

Dans le CANTON DE BALE-VILLE (1), la femme séparée de corps est aussi mise en tutelle. Mais la Chambre des tutelles peut, avec le consentement du mari, autoriser, moyennant certaines conditions, la femme à faire un commerce ou à exercer une industrie; elle acquiert alors une capacité personnelle complète pour tous les actes qui y sont relatifs. La femme, sous cette législation, ne jouit en somme que d'une capacité des plus restreintes. A signaler enfin une loi du 18 mars 1884, concernant le régime matrimonial quant aux biens, qui, dans son article 23, permet au tribunal, lorsque le divorce a été causé principalement par la faute de l'un des époux, d'accorder des dommages-intérêts à la partie innocente, si sa position économique est rendue difficile par le fait du divorce (2).

La législation du CANTON DE LUCERNE est allée plus loin dans la voie de la liberté. D'après la loi du 16 novembre 1880 (3), le mari est tuteur légal de la femme; il administre les biens de celle-ci et en jouit; il peut même les aliéner, sauf conventions matrimoniales contraires. La puissance maritale ne s'étend pas sur les propres de la femme, qu'on appelle biens réservés et qui peuvent comprendre une partie de sa fortune, le tiers au maximum; ces propres restent à la libre disposition de la femme. Le mari peut perdre la puissance maritale dans un assez grand nombre de cas, parmi lesquels

(1) Bâle. — Loi du 16 octobre 1876 sur la Majorité en général et sur la Capacité des femmes : *Annuaire de législation étrangère*, 1877, p. 570.

(2) *Annuaire de législation étrangère*, 1885, p. 551.

(3) *Annuaire de législation étrangère*, 1881, p. 486.

la séparation de corps. Le Conseil de la commune d'origine est alors appelé à déclarer le mari déchu de sa puissance et à examiner s'il y a lieu de donner un tuteur à la femme, ou de la laisser à la tête de sa fortune. Dans ce dernier cas, dit la loi, « la femme devient majeure ».

Dans les pays du Nord, la législation tend à devenir plus libérale ; depuis quelques années, la situation de la femme mariée s'est améliorée. En SUÈDE, une loi du 11 décembre 1874 (1) portant modification au titre du mariage, tel qu'il était établi par le Code de 1734, donne plus de liberté relativement aux conventions matrimoniales. La femme peut conserver l'administration de ses propres ; ce qui a lieu en France sous le régime de la séparation de biens. Elle peut en outre ester en justice sans autorisation pour tout ce qui concerne ces biens, ce que notre Code ne lui permet pas. En cas de désunion entre les époux, la loi ne leur offre que le divorce qui peut toutefois être précédé d'une séparation de corps prononcée pour un temps déterminé.

Pendant la séparation de corps obtenue contre le mari, la fortune et les enfants restent entre les mains de la femme, à moins que celle-ci ne soit incapable d'administrer les biens et d'élever les enfants. Si la communauté ne se compose que des revenus des propriétés du mari, la femme et les enfants en obtiennent deux tiers et le mari un tiers. Si au contraire la séparation est prononcée contre la femme, celle-ci n'a droit qu'à une pension, et

(1) Annuaire de législation étrangère, 1875, p. 566.

seulement lorsqu'elle se trouve dans l'impossibilité de subvenir à ses dépenses par son travail. Lorsque les torts sont réciproques, les biens et les enfants sont confiés au plus capable des époux, et l'autre n'a qu'une pension, s'il est dans le besoin ; en cas de doute, on préfère le mari (1).

Ainsi donc la loi Suédoise règle les pouvoirs et les droits de la femme d'après l'issue du procès en séparation. C'est toujours comme en Italie et en Espagne, en vertu de cette idée d'indignité, qui s'attache à la faute de la femme ; on ne veut pas lui permettre de profiter de la suppression de l'autorité maritale, et donner ainsi une sorte de prime d'encouragement à sa mauvaise conduite.

En NORWÈGE et en DANEMARK, la séparation de corps n'a été conservée que comme un stage préalable au divorce par consentement mutuel. Nous nous bornerons, pour ces deux pays, à mentionner deux lois récentes qui ont amélioré la situation de la femme. En Danemark, depuis la loi du 7 mai 1880, la femme mariée a la capacité de disposer du produit de son industrie personnelle, sans le consentement de son mari, ni d'aucun tuteur, lorsque cette industrie n'est pas alimentée ou entretenue en majeure partie des deniers du mari ou de la communauté (2). En Norwège, la loi du 29 juin 1888 sur le régime des biens entre époux déclare que la femme mariée a la même capacité que la femme non mariée et dispose de ses biens, sauf quelques restrictions (art. 11) (3).

(1) Glasson. — Le Mariage civil et le Divorce, p. 219.

(2) Annuaire de législation étrangère, année 1881, p. 533.

(3) Annuaire de législation étrangère, année 1889, p. 766.

La législation actuelle de la BELGIQUE et de l'ALLEMAGNE sur notre sujet, ne présente guère d'intérêt. Il n'en est pas de même de l'avant-projet de la révision à laquelle on procède en ce moment dans les deux pays. Les dispositions contenues dans ces nouveaux projets de Code civil consacrent une extension considérable de la capacité de la femme mariée, extension qui, dans l'esprit du législateur, semble répondre aux besoins et aux mœurs actuels.

En ALLEMAGNE, l'avant-projet de Code Civil part de ce principe que la femme ne devient pas incapable par le mariage, et que le mari n'a aucun droit de contrôle et de tutelle sur les actes de son conjoint. En principe donc, plus de puissance maritale. Une seule exception y est apportée, lorsque la femme contracte une obligation engageant sa personne, elle doit, pour que cette obligation soit valable, obtenir l'autorisation du mari : « La femme, dit l'art. 1277, a besoin de l'autorisation de son mari dans les actes juridiques pour lesquels elle s'oblige à une prestation qu'elle doit faire en personne. » Cette autorisation n'est plus nécessaire lorsque la communauté d'habitation a cessé entre époux (1).

Le système adopté pour l'AVANT-PROJET DE CODE CIVIL BELGE ne diffère pas sensiblement du précédent. « La femme, dit M. Laurent, est capable en principe, aussi bien que le mari, pendant le mariage comme elle l'est avant et après le mariage. » Plus de puissance maritale, plus d'incapacité pour la femme mariée, voilà le principe. Les époux sont

(1) Avant-projet du Code civil Allemand, traduit par Raoul de la Grasserie.

égaux en droit. Toutefois la liberté des conventions matrimoniales permet d'y déroger. Le régime matrimonial proposé par le projet comme régime légal est la communauté universelle. Tout acte de disposition doit être fait du consentement des deux époux, qui sont associés, communs en tous biens, et par conséquent ont en toutes choses des intérêts identiques. En cas de désaccord entre eux, le tribunal intervient et autorise s'il y a lieu, le demandeur à faire l'acte pour lequel il a été impossible d'obtenir le concours volontaire des époux (1).

L'Allemagne et la Belgique, en supprimant dans leur Code, le jour prochain où le projet deviendra loi, l'autorisation maritale et l'incapacité de femme mariée, ne feront que suivre l'exemple de législation telles que celles du Portugal, de la Russie, de l'Angleterre et autres pays, qui depuis quelque temps déjà ont opéré cette réforme.

D'après le CODE PORTUGAIS de 1867, les époux mariés sans contrat, sont soumis au régime de la communauté. Le mari a l'administration de tous les biens propres et communs. Il peut disposer des meubles, mais s'il les aliène, à titre gratuit ou onéreux sans le consentement de la femme, leur valeur est déduite de sa part dans la communauté. Les biens immeubles propres ou communs ne peuvent être aliénés ni grevés sans l'accord des deux époux, sauf l'autorisation de justice, qui peut suppléer au défaut de consentement de l'époux opposant (Art. 1108 à 1124). Si les époux font un contrat de mariage, la femme ne peut par convention

(1) Laurent. — Avant-projet du Code civil belge, I, sous les articles 211 et 212, p. 441 et 451. — V, sous l'art. 1452, p. 42 et suiv.

antérieure au mariage, priver le mari de l'administration des biens communs. Mais elle peut se réserver pour elle-même le droit de recevoir à titre d' « épingles », une partie du revenu de ses biens et d'en disposer librement pourvu que cette réserve n'excède pas le tiers des dits revenus liquidés (art. 1104).

En cas de séparation de biens contractuelle, chacun des époux conserve la propriété de tout ce qu'il a apporté, et peut disposer librement de ses biens, sous réserve d'une légère restriction concernant les biens mobiliers de la femme (art. 1127). On peut donc dire qu'en Portugal, la femme mariée est en principe sur le pied de l'égalité avec son mari : l'incapacité de femme mariée, n'existe pas dans le Code Portugais.

Quel est l'effet de la séparation de corps ? Elle entraîne nécessairement la séparation de biens, sauf le cas où elle a été motivée par l'adultère de la femme, qui alors n'a droit qu'à des aliments (1210). Dans toute autre hypothèse, on procède à l'inventaire et au partage des biens, comme si le mariage était dissous (1211). La femme reprend l'administration de ses biens, qui tous, sauf les biens dotaux sont désormais considérés comme propres (art. 1223 et 1224) (1). La loi du 6 février 1893 a placé la femme séparée de corps en France dans la même situation, au point de vue de la capacité.

La loi RUSSE n'est pas moins favorable à la liberté de la femme. En vertu du *Swod* ou Code Russe, les époux sont placés sous le régime de la

(1) Code civil Portugais, traduit par Lepelletier.

séparation de biens la plus absolue (1). La femme garde en propre tout ce qu'elle possédait lors de la célébration du mariage et ce qu'elle acquiert dans la suite ; elle peut administrer, aliéner, hypothéquer ses biens, ester en justice en toute liberté et sans avoir besoin en aucune façon du consentement du mari. La femme mariée jouit donc en Russie d'une indépendance encore rare à notre époque, en ce qui concerne le droit de disposer de sa fortune. Nous n'avons pas à rechercher quelle est la situation de la femme séparée de corps car la séparation n'est pas reconnue par la loi qui n'admet que le divorce ; et même si elle existait, elle ne pourrait modifier en rien, la capacité qui est accordée à la femme avant la séparation.

Nous terminons cette revue des lois étrangères par l'examen de la législation de l'Angleterre et de quelques nations Américaines. Ici encore nous aurons l'occasion de constater une évolution très marquée de la femme vers la capacité pleine et entière pendant le mariage.

En ANGLETERRE, jusque dans ces dernières années, la personnalité de la femme était presque absorbée par celle du mari. Des atténuations s'étaient peu à peu glissées dans la pratique, pour remédier à cette situation rigoureuse. Les Cours d'équité semblables en cela au préteur romain, avaient permis à la femme d'avoir la jouissance, l'*use* de certains biens qu'un tiers, le plus souvent le mari, sous la dénomination de *trustee* ou fidéicommissaire, recevait et s'engageait à remettre

(1) Lehr. — Eléments de Droit Civil Russe, p. 41.

ensuite à la femme. C'est ainsi que sous le nom d'état séparé, de *settlement*, se constitua un régime analogue à la séparation de biens. La femme mariée est considérée comme non mariée à l'égard de ses biens séparés, et pour eux elle recouvre sa personnalité. Grâce à la liberté des conventions matrimoniales, cet expédient prit un grand développement, mais comme il n'était pas toujours d'une application facile, comme ce remède indirect était coûteux et gênant, le législateur poussé par l'opinion publique, dut intervenir.

Il le fit d'abord de façon très restreinte, et régla en 1857 la situation de la femme séparée judiciairement. « Elle est assimilée à une *feme sole* en matière de contrats, de délits ou de quasi-délits ; elle jouit de sa pleine capacité juridique en ce qui concerne les biens qu'elle acquiert ou qui lui échoient ultérieurement, elle peut en disposer à son gré par testament ; si elle meurt *intestat*, ses héritiers les recueillent comme si elle n'avait pas de mari. Elle est apte à ester en justice, soit comme demanderesse, soit comme défenderesse » (1). Il importe de signaler le pouvoir discrétionnaire accordé aux tribunaux, non seulement pour fixer la pension due à la femme, mais aussi pour modifier les conventions matrimoniales faites dans l'intérêt de la femme lorsque c'est l'adultère de cette dernière qui a motivé le divorce ou la séparation de corps. Le tribunal peut attribuer une partie des revenus de la femme aux enfants et au mari, et même une portion de son capital. Telle est la situation de la femme

(1) Lehr. — *Eléments de Droit Civil Anglais*, p. 63. — Cf. *Glasson. — Le Mariage civil et le Divorce*, p. 99.

anglaise séparée de corps ; elle n'a pas été modifiée en droit par les lois dont nous allons maintenant nous occuper.

La loi de 1857 laissait la femme mariée sous l'empire de la jurisprudence d'équité dont nous avons parlé. Le système de la *common-law* ne fut aboli partiellement que par la loi du 9 août 1870 et complètement par celle du 18 août 1882.

L'*Act* de 1870 assure à la femme la libre disposition des gains et salaires qu'elle a pu réaliser depuis son mariage par son travail ou son industrie, auxquels le mari est demeuré étranger, ou par l'exercice de son aptitude littéraire, artistique ou scientifique. Il en est de même des biens qu'elle recueille *ab intestat* et des dons et legs inférieurs à 200 livres. Les biens qui précèdent sont soustraits de plein droit à l'action de la *common law*. De plus, la femme est autorisée à se réserver au moment du mariage par un procédé simple et commode les rentes, effets publics, actions et polices d'assurance, qui lui appartiennent. La propriété particulière de la femme, ainsi constituée, prend le nom de *propres statutaires* (*statutory separate property*). Les droits de la femme sur ces biens sont les mêmes que ceux dont elle jouissait autrefois en vertu d'un *use* établi à son profit ; mais pour plaider à l'égard de ces biens, elle doit se faire représenter par un tiers et mettre le mari en cause (1).

Cette loi n'était qu'un essai. Celle qui devait émanciper la femme d'une façon complète ne fut votée qu'en 1882 (2). L'*Act* de 1874, qu'il suffit de

(1) Lehr. — *Éléments de Droit Civil Anglais*, p. 87.

(2) Lehr. — *Éléments de Droit civil Anglais*, p. 90.

mentionner, n'avait opéré qu'une retouche peu importante.

Le principe de la réforme est contenu dans ces lignes empruntées à la loi de 1832 : « La femme mariée, conformément à la présente loi, est capable d'acquérir et tenir comme sa propriété séparée tout bien réel ou personnel, et d'en disposer par testament ou autrement de la même manière que si elle était non mariée (*feme sole*) et sans qu'il soit besoin de l'intervention d'un *trustee*. » Désormais la personnalité de la femme n'est plus absorbée par celle du mari : la femme conserve la propriété et la jouissance des biens qu'elle a lors du mariage ou qu'elle acquiert après. Elle peut dorénavant disposer de toute façon de ses biens séparés, meubles et immeubles ; l'autorisation du mari n'est pas nécessaire. De même toute convention lui est permise, ainsi que l'acceptation des donations faites à son profit. Elle peut, comme toute personne, ester en justice, sans mettre en cause le mari.

La loi de 1832 réalise l'indépendance complète et absolue de la femme mariée, en établissant la dualité des patrimoines. Ce régime de liberté n'est peut-être pas exempt de dangers : aussi, par des dispositions dans le détail desquels nous ne pouvons entrer, le législateur anglais s'est efforcé de prévenir les abus possibles et de placer le remède à côté du mal ; au besoin, la liberté des conventions matrimoniales permettra de rendre aux anciennes pratiques la vie et la force, dans la mesure où leur utilité paraîtrait démontrée. (1)

(1) Gide. : Condition privée de la femme, p. 259. — Annuaire de législation étrangère, 1883, p. 329. — Weiss. : Traité de Droit international privé, 2^e éd., p. 487.

L'ECOSSE a une législation civile distincte de celle de l'Angleterre. Une loi du 18 juillet 1881 a créé pour la femme mariée une situation qui présente de grandes analogies avec celle de la femme anglaise depuis 1882 (1). Avant la loi nouvelle, le mari en vertu du *jus mariti*, avait l'administration et la libre disposition entre-vifs des biens qui composaient la communauté. Celle-ci comprenait tous les biens des époux sauf la fortune immobilière provenant d'héritage, la garde-robe et les ornements de la femme; sauf aussi le pécule, capital que la femme se réservait comme propre avant le mariage; le *jus mariti* ne s'étendait pas non plus aux gains réalisés par elle dans l'exercice d'une profession personnelle commerciale, industrielle, artistique, scientifique ou littéraire.

La loi du 18 juillet 1881 s'est montrée encore plus favorable à la femme (2). La fortune mobilière de la femme n'est plus soumise au *jus mariti* et les revenus lui appartiennent. Mais elle ne peut céder les revenus futurs ni disposer de sa fortune mobilière sans le consentement du mari. Les créanciers de ce dernier n'ont aucun droit sur ces biens. Enfin les rentes et revenus des biens d'héritage de la femme cessent d'être soumis au droit du mari. En résumé, la législation Ecossaise crée dans l'intérêt de la femme un régime de séparation de biens absolu.

En cas d'abandon par le mari ou de vie séparée du consentement de celui-ci, un juge de la Cour de Session ou de la Cour du Shérif, sur requête, peut

(1) Annuaire de législation étrangère, 1882, p. 35.

(2) Annuaire de législation étrangère, 1882, p. 35.

dispenser la femme de l'autorisation du mari pour tout acte relatif à sa fortune.

L'Angleterre, dans son évolution concernant la femme mariée, n'a fait que suivre l'exemple que lui donnait l'AMÉRIQUE. Depuis des années déjà, quelques législations des grands Etats américains avaient accordé à la femme une situation qui tend toujours à s'améliorer ; nous citerons les plus récentes.

Dans le MASSACHUSETTS, depuis 1875 la femme mariée est complètement émancipée de la puissance maritale. Elle peut disposer de ses immeubles, les louer, les vendre, les engager à sa guise ; tous les contrats par elle passés, sont valables ; les produits de son travail lui appartiennent en propre, sauf si ce travail était destiné au mari ou aux enfants. La seule restriction qui soit apportée à ses droits, consiste dans la défense de contracter avec le mari ou d'estimer en justice contre lui.

« Une sorte de séparation de corps est instituée et crée une notable extension des droits primitivement reconnus à la femme. L'*Act* ne mentionne que les demandes intentées par la femme et autorise le juge à la protéger en interdisant au mari l'exercice de l'autorité conjugale. Il lui permet de statuer sur le sort et l'éducation des enfants issus du mariage. »

Une loi de 1884 (29 mai) permet à toute femme mariée de tester, comme si elle était célibataire ou veuve, sans pouvoir toutefois, à moins d'une autorisation écrite du mari, lui enlever l'usufruit légal de ses immeubles à elle, ni plus de la moitié de sa fortune mobilière. Mais la femme abandonnée de son mari ou autorisée par justice à vivre séparée,

peut disposer par testament, comme si elle était libre, de la totalité de ses biens meubles et immeubles.

Une légère restriction a été apportée à la liberté de la femme par la loi du 5 avril 1889. Les droits du mari sur les biens réels de la femme ne peuvent être diminués par elle sans le consentement dudit mari (1).

Dans l'ÉTAT DE NEW-YORK, la capacité civile des femmes est réglée par plusieurs lois dont les plus récentes sont celles du 28 mai 1884 et du 30 avril 1890 (2). La femme mariée poursuit et défend en justice, comme si elle était célibataire ; il n'est pas nécessaire de mettre le mari en cause dans une action relative aux biens personnels de la femme. Majeure de 21 ans, elle peut donner une procuration valable, comme toute femme célibataire. Rien de particulier pour les contrats passés par une femme mariée, qui sont soumis au droit commun. Elle oblige sa fortune personnelle, même si l'engagement par elle pris, n'a pas rapport à son commerce ou à ses propres. Il faut excepter les contrats faits entre mari et femme, qui continuent à être régis par l'ancienne législation sur la matière.

Dans l'ÉTAT DE KENT, la femme est dans certains cas dispensée de l'autorisation maritale. Lorsque son mari a exilé ou a déserté le pays, elle peut contracter et ester en jugement, comme si elle n'était pas mariée. Il en est de même d'une femme qui a été abandonnée par son mari. Dans ce cas

(1) Glasson. : Le Mariage civil et le Divorce, p. 226. — Annuaire de législation étrangère, 1885, p. 785; 1890, p. 914.

(2) Annuaire de législation étrangère, 1885, p. 774. — 1891, p. 827.

elle est maîtresse des biens qu'elle acquiert par son industrie comme si elle n'était pas mariée. (art. 37 et 38 des statuts). Dans la LOUISIANE, la femme séparée de corps n'a besoin en aucun cas de l'autorisation de son mari (art. 135). L'art. 410 reproduit notre article 1449 et ajoute (Loi de 1826) : « La femme séparée de corps n'a besoin en aucun cas de l'autorisation de son mari pour aliéner ses immeubles. » (1).

Une loi du 3 juin 1887 sur la capacité des femmes mariées en PENNSYLVANIE, décide que la capacité est la règle; l'autorisation du mari n'est exigée que dans certains cas déterminés, lorsque la femme veut engager ou céder ses biens, endosser un billet ou servir de caution (2).

Nous terminons cette revue par le CANADA. Depuis 1875, la femme mariée y jouit de droits étendus. Elle peut contracter et ester en justice sans l'assistance ou l'autorisation du mari : elle peut conserver comme propres, ses apports, ce qui lui advient par succession ou donation et même ses acquêts personnels. Le mari n'a plus de pouvoir d'administration d'aucune sorte.

En résumé les législations de l'Angleterre et de l'Amérique du Nord, se distinguent par les prérogatives nombreuses qu'elles accordent à la femme mariée. Elles ont considérablement étendu sa capacité civile. Le législateur français est resté encore loin des réformes opérées dans ces pays, et s'est borné à réaliser une amélioration dans la situation

(1) Naquet. — J. O., Sénat, déb. parl., 18 juin 1885.

(2) Annuaire de législation étrangère, 1888, p. 894.

d'une catégorie particulièrement intéressante de femmes mariées. Au delà de l'Atlantique, l'extension des droits de la femme a été bien accueillie, il ne saurait en être autrement en France pour la loi du 6 février 1893.

Vu :

Le Professeur, Président de la Thèse,
JULES CABOUAT.

Vu :

Le Doyen de la Faculté,
EDMOND VILLEY.

Vu et permis d'imprimer :

Le Recteur de l'Académie de Caen,
E. ZEVORT.

TABLE DES MATIÈRES

DE LA SITUATION

DE LA

FEMME SÉPARÉE DE CORPS

depuis la Loi du 6 Février 1893

BIBLIOGRAPHIE.	5
INTRODUCTION	9
CHAPITRE I. — Capacité de la femme séparée de corps	14
SECTION I. — Notions Historiques.	19
I. — Pays de Coutume,	19
II. — Pays de Droit Ecrit.	25
SECTION II. — Critique du principe de pleine ca- pacité. — Motifs de la réforme. — Objections formulées. — Autres systèmes proposés	28
SECTION III. — Effets du principe de pleine capa- cité. — Son étendue.	64
§ I. — Droits relatifs aux Biens. — De la Séparation de Biens accessoire	69
A. — Actes Extrajudiciaires	75
I. — Obligations	75
II. — Aliénations	78
III. — Acquisitions	81

APPENDICE.	83
I. — Quel est le point de départ de la prescription de l'art. 1304, en cas de Séparation de Corps ?	84
II. — Le Régime Dotal survit-il à la Sé- paration ?	86
B. — Actes Judiciaires	98
§ II. — Droits relatifs à la personne. . . .	101
I. — Droit de faire le commerce	102
II. — Droit de modifier sa nationalité . .	104
III. — Du louage de Services et de quel- ques autres contrats concernant la personne.	108
§ III. — Rapports juridiques, personnels et pécuniaires entre époux séparés de corps.	111
SECTION IV. — Effets de la Réconciliation des Epoux sur la Capacité civile de la femme séparée de corps	119
CHAPITRE II. — Domicile de la femme séparée de corps	129
CHAPITRE III. — Nom des époux séparés de corps.	137
SECTION I. — Raison d'être des dispositions nou- velles concernant le nom des époux séparés de corps.	139
SECTION II. — Explication de ces dispositions. — Hypothèses à examiner. — Pou- voirs des Tribunaux. — Inconvé- nients pratiques des dispositions nouvelles. — Nom commercial. — Nature de l'autorisation de porter le nom du conjoint. — Sanction .	154
CHAPITRE IV. — Législation comparée	173
SECTION I. — Nom	174
SECTION II. — Capacité	178
